

DERECHOS SOCIALES, DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ANÁLISIS DE CASO: LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SALUD

ANTONIO CARLOS BARBOZA VERGARA

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS
MEDELLÍN
2007

DERECHOS SOCIALES, DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ANÁLISIS DE CASO: LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SALUD

ANTONIO CARLOS BARBOZA VERGARA

Trabajo de grado realizado para optar el título de Magíster en Ciencia Política

Director

WILLIAM FREDY PÉREZ TORO

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS
MEDELLÍN

2007

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, Marzo de 2005

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y LA PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SERVICIOS DE SALUD

1. El sistema de salud colombiano y la seguridad social
 - 1.1. Modelos de seguridad social
 - 1.2. Principales características del Sistema de Seguridad Social en Salud de la Ley 100 de 1993
 - 1.2.1. Regulación del mercado de servicios de salud
 - 1.2.2. La financiación del sistema
2. Los planes básicos de servicios de salud
 - 2.1. El concepto de planes básicos de salud
 - 2.2. La problemática de las exclusiones
 - 2.3. La acción de tutela y los servicios médicos no incluidos en el POS
 - 2.4. EL Comité Técnico Científico de las EPS y ARS

CAPÍTULO II: EL DERECHO, LA FILOSOFÍA POLÍTICA Y MORAL, Y LA ECONOMÍA FRENTE AL DERECHO A LA SALUD: LENGUAJES, PREGUNTAS Y ENFOQUE

1. El derecho y el derecho a la salud
 - 1.1. Los derechos sociales, económicos y culturales
 - 1.2. La protección judicial de los DESC
 - 1.3. El derecho a la salud
 - 1.3.1. El derecho a la salud como simple derecho social prestacional de realización progresiva y como derecho fundamental
 - 1.3.2. Dimensión negativa y positiva del derecho a la salud
2. La filosofía moral y política frente al derecho a la salud
 - a. Teorías deontológicas y consecuencialistas de los derechos
 - b. Las teorías de la justicia y el derecho a la salud
 - i. La tesis de Ronald Dworkin
 - ii. La tesis de Norman Daniels y James Sabin
3. La economía y el derecho a la salud
 - a. La naturaleza económica del bien “salud” y su financiación
 - b. La eficiencia en el discurso de los economistas: el caso de la economía de bienestar
 - 3.1.1. El papel de la “economía de bienestar” en la teoría económica
 - 3.1.2. Las diferentes concepciones de la eficiencia
 - c. Un análisis utilitarista de la salud: El criterio de los Años de Vida Ajustados por Calidad – AVACS
 - d. La crítica al predominio de la racionalidad económica como criterio de orientación de la actividad de la administración pública

CAPÍTULO III: EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SALUD

1. El contexto institucional de intervención de la Corte Constitucional: ¿Cuándo y cómo interviene la Corte Constitucional en la definición de los planes básicos de servicios de salud?
 - a. La revisión de sentencia de tutela
 - b. El control abstracto de constitucionalidad de las leyes
 - c. Los términos del problema de política pública analizado en la jurisprudencia constitucional
2. Las respuestas de la jurisprudencia constitucional al problema de política pública analizado
 - a. Las respuestas de la Corte Constitucional
 - i. Casos de servicios médicos excluidos del POS
 - ii. Casos de médicos incluidos en el POS pero negados por la EPS
 - b. Los argumentos de la Corte Constitucional
3. Los críticos y las críticas del papel de la Corte en la definición de los planes básicos de servicios de salud
 - a. La argumentación de la Corte y el “principio de rescate”
 - b. La tensión entre los servicios individuales y colectivos de salud
 - c. La insensibilidad financiera de la Corte Constitucional
 - d. El déficit en términos de derecho a la igualdad de la jurisprudencia constitucional en materia de salud
4. Alternativas al papel desempeñado por la Corte Constitucional
 - a. La exclusión de la acción de tutela para los derechos sociales
 - b. Una jurisprudencia constitucional en materia de salud sensible a la realización de la igualdad y a la deliberación democrática
- i. La superación de la tesis de la conexidad: el derecho a la salud como derecho fundamental en sí mismo

- ii. El juez constitucional y la deliberación democrática
 - c. Un proceso democrático y explícito de racionamiento de los recursos del sector salud
 - i. Respuesta a dos objeciones a la necesidad del racionamiento de los recursos
 - ii. La propuesta
 - iii. La crítica basada en el carácter auto-contenido del sistema de seguridad social
5. ¿Por qué en Colombia ha habido un mayor espacio para el activismo judicial de la Corte Constitucional en materia del derecho a la salud?

CAPÍTULO IV: EL PAPEL DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SALUD

- 1. ¿Por qué el Congreso no es analizado?
 - 1.1. La pérdida de protagonismo y centralidad del Congreso en el proceso decisorio de políticas públicas en materia de derechos sociales
 - 1.2. El caso de la Ley 972 de 2005
- 2. El Gobierno Nacional y El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
- 3. ¿Qué hace el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud?
- 4. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como agencia reguladora
 - 4.1. El concepto de regulación: perspectiva funcional
 - 4.2. Las agencias reguladoras: perspectiva orgánica
- 5. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como escenario de “concertación”
 - 5.1. Los intereses representados en el CNSS

- 5.1.1. Los trabajadores organizados y el derecho a la salud
- 5.1.2. Los gremios del sector de la salud
 - 5.1.2.1. Los gremios del sector asegurador (EPS Y ARS)
 - 5.1.2.2. Los gremios del sector de la prestación de los servicios de salud (IPS)
 - 5.1.2.3. Las asociaciones de profesionales de la salud
- 5.1.3. Los usuarios
- 5.1.4. Los empleadores
- 5.1.5. El Gobierno Nacional
- 5.1.6. Movimientos sociales
- 5.2. Las discusiones al interior del CNSSS: la preponderancia del Gobierno Nacional en la dinámica del Consejo Nacional de Seguridad Social
- 5.3. La problemática legitimidad democrática del CNSSS
 - 5.3.1. La discusión pública y la representación plena con criterios relevantes de la legitimidad democráticas del CNSSS
 - 5.3.2. El déficit democrático del CNSSS
- 6. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la definición de los planes básicos de servicios de salud
 - 6.1. La actualización del POS
 - 6.2. Los criterios y argumentos del CNSSS
 - 6.3. El caso de los pacientes de VIH-SIDA

A MANERA DE CONCLUSIÓN: SENTIDO Y LÍMITE DE LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SALUD
BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Afirmaba Norberto Bobbio (1991, p. 61) que el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema político y no filosófico, agregaba. Advertía también, cómo la mayoría de argumentos contra los derechos sociales no apuntaban a cuestiones de fundamentación sino a la imposibilidad de su realización material. Pues bien, esta investigación en materia de derechos sociales, económicos y culturales (DESC) se enmarca en la línea de trabajo sugerida por Bobbio.

En este texto los análisis y reflexiones se concentran en las posibilidades y límites de la realización material de los derechos sociales a través de los jueces. Se trata entonces de ubicar el papel de la justicia en la protección de los DESC dentro de un complejo entramado institucional que trasciende la esfera del poder judicial, en general, y de la Corte Constitucional, en particular. Partimos de reconocer que la realización de los DESC pasa por intervenciones del Congreso, quien mediante leyes define las políticas públicas que los concretan en términos de derechos sociales legales; también pasa por la actuación del Gobierno y la Administración Pública, tanto nacional como local, quienes a través de reglamentos y actos administrativos traducen en prestaciones fácticas los derechos sociales configurados legalmente; y, finalmente, intervienen los jueces quienes llevan a cabo el control de todo el proceso, imponiendo estándares sustantivos mínimos, no negociables, a dichas políticas y actuaciones, y controlando la transparencia e imparcialidad del proceso de deliberación y decisión de dichas políticas¹.

La temática del derecho a la salud, específicamente la cuestión de la definición de los planes básicos de salud, resulta paradigmática para analizar el rol de la justicia constitucional en la definición y ejecución de las políticas públicas en materia de derechos sociales, al menos por dos razones: a) por el cambio del papel del Estado en la garantía del acceso a los servicios de salud, pues con la Ley 100 de

¹ Claro está que algún papel y responsabilidad les cabe a los organismos de control, como la Defensoría del Pueblo y la Contraloría, etc., pero aquí nos concentramos en la división clásica del poder público en tres ramas: legislativa, ejecutiva y judicial. De hecho, de estas tres el trabajo sólo analiza con detenimiento los roles jugados por el poder judicial, específicamente, por la Corte Constitucional, y el Gobierno Nacional, específicamente una de sus agencias de regulación, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSS.

1993 se pasa de un esquema de intervención basado en el subsidio a la oferta a uno basado en el subsidio de la demanda; y b) el derecho a la salud ha cobrado centralidad en la discusión sobre el alcance de la acción de tutela en materia de derechos sociales, a raíz del extraordinario número de demandas de tutelas presentadas con fundamento en la vulneración de dicho derecho (García y Uprimny, 2006, p. 511).

Así como el trabajo no se ocupa de los DESC en general, sino específicamente del derecho a la salud, tampoco abarca todas las dimensiones de tal derecho que han sido debatidas e intervenidas judicialmente. Aquí nos ocupamos de un problema bien específico, de la definición de los planes básicos de salud y su ampliación a través de la acción de tutela.

No se analiza aquí la totalidad del entramado institucional que interviene en la definición de los planes de salud. En relación con el poder judicial, los análisis se extienden exclusivamente a la actuación de la Corte Constitucional, a través de la revisión discrecional de los procesos de tutelas. Seguramente mucho de lo dicho aquí pueda trasladarse a los jueces ordinarios en su condición de jueces de tutela, pero no fue este el objeto de indagación. En relación con el Gobierno Nacional, aquí sólo es analizada la actividad reguladora² desempeñada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), en la cual, de manera indirecta y a través de la revisión de fallos de tutela, ha intervenido la Corte Constitucional.

Si bien es cierto, que el Congreso ha intentado intervenir más directamente en la definición de los planes obligatorios de salud, estos intentos han sido fallidos, pues los proyectos de ley presentados en tal sentido no han sido aprobados. Por lo tanto, la intervención del Congreso no es el objeto de análisis de esta investigación. Temporalmente, la normatividad que fue analizada, producida tanto por la Corte Constitucional como por el CNSSS, fue la producida en el periodo 1993-2005, pues en ese año se expide la Ley 100 que estableció el Sistema General de Seguridad Social, marco en el cual se inserta la cuestión de la definición de los planes básicos de salud. Por ello, no aparecen aquí consignada consideración alguna sobre la reforma introducida a la Ley 100 por la Ley 1122 del 9 de enero de 2007.

En este escrito sostendré como tesis principales a desarrollar, las siguientes:

² Quedan por fuera de la investigación importantes entidades públicas pertenecientes al Gobierno Nacional como el Ministerio de Salud, hoy Ministerio de Protección Social, y la Superintendencia de Salud.

- a) La realización material del derecho a la salud, en su dimensión del acceso a los servicios de salud definidos por los planes obligatorios de salud, depende de decisiones políticas que no son adoptadas al interior del Congreso, sino de decisiones adoptadas por el CNSSS, quien en su composición y procedimiento de decisión no da cuenta medianamente de los ideales democráticos de la representación plena y la deliberación pública.
- b) Lo anterior permite justificar cierta intervención de los jueces constitucionales en el diseño y ejecución de la política pública de salud, específicamente de la Corte Constitucional, cuando a través de sentencias de revisión de fallos de tutela amplía el plan obligatorio de salud definido por el CNSSS.
- c) El tipo de intervención en esta materia que ha realizado la Corte, el cual encuentro parcialmente justificado, permite evidenciar los límites de la protección judicial de los derechos sociales prestacionales, específicamente del derecho a la salud. Los avances de la jurisprudencia constitucional en este campo se limitan a la ampliación de los servicios de salud considerados como básicos y a la protección de ciertas minorías o grupos vulnerables de la población cuando estos ya han accedido al sistema de salud, pero poco ha hecho en relación con la protección de millones de colombianos que aún no han accedido al sistema de salud, bien sea a través del régimen contributivo o del régimen subsidiado, y mucho menos por la igualación de los beneficios a los que se accede a través de cada régimen.
- d) En definitiva, no pueden cifrarse las esperanzas de realización de los DESC en el activismo judicial. La justicia no está diseñada para afectar situaciones generalizadas, porque: (i) como las intervenciones de los jueces suelen tener efectos particulares, éstos tienen muy poca capacidad para ordenar cambios estructurales; (ii) no tienen ninguna capacidad de ejecución, por lo cual la implementación de las directrices generales formuladas en algunos fallos está librada a la discrecionalidad del Gobierno; y (iii) tienen muy poca capacidad de seguimiento y vigilancia de la ejecución de sus órdenes.

Estas tesis serán desarrolladas a lo largo cuatro capítulos. En el primero de ellos ubico dentro del marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) la problemática específica de los planes básicos de salud. En el segundo, a modo de ejemplo, establezco diversos lenguajes y modos de aproximarse a dicha problemática. Específicamente, me ocupo del tipo de preguntas y respuestas que al respecto ofrecen los discursos jurídicos, económicos y filosóficos (desde la filosofía política y moral). De esta forma podemos comprender el tipo de argumentos que aparecen en los respectivos escenarios donde la cuestión ha sido discutida (Corte Constitucional y CNSSS), y las críticas a las dinámicas y argumentos que en ellos se generan. El tercer capítulo se ocupa de la intervención de la Corte Constitucional, específicamente

del contexto institucional, de las respuestas dadas al problema objeto de análisis, las diversas críticas que le han sido formuladas y las alternativas que se han ofrecido como una mejor forma de enfrentar dicha cuestión. El cuarto capítulo está dedicado al rol desempeñado por el Consejo Nacional de Seguridad Social, sus dinámicas, los actores con asiento en él, el tipo de respuesta que plantea y cierta evaluación de su intervención en términos de los ideales de la representación plena y la deliberación pública³. Finalmente, a modo de conclusión, expongo las razones por las cuales considero que ha sido legítima parcialmente la intervención de la Corte en dicha problemática y preciso los obstáculos a mayor activismo judicial de corte progresista.

³ Desde la perspectiva económica, específicamente desde las teorías económicas inspiradas en el neoinstitucionalismo de Douglass North, las instituciones, y entre ellas el Estado, a pesar de comportar restricciones sobre la libertad individual, se justifican en la medida en que al reducir la incertidumbre de las interacciones humanas (bien sea de naturaleza política, económica, etc.) incentivan el intercambio entre agentes y con ello el desarrollo económico. Así justificadas las instituciones, al evaluarlas, desde la perspectiva económica, lo que importa es la eficiencia de las mismas no la equidad. Es desde esta perspectiva desde la cual, los economistas asumen la evaluación del desempeño de instituciones como la regulación estatal de los mercados, entre ellos del mercado de salud, tarea que le corresponde al CNSSS. Aquí la evaluación que se propone del papel desempeñado por el CNSSS en la definición de los planes básicos de salud se realiza con criterios políticos y no económicos, específicamente nos preguntamos por la legitimidad democrática del tipo de dinámicas que se generan al interior de dicha agencia del Gobierno Nacional.

Capítulo I

EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y LA PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SERVICIOS DE SALUD

La cuestión de la definición de los planes básicos de salud, es decir, qué tipos de servicios médicos deben estar garantizados a todas las personas que han accedido al sistema de seguridad social en salud (SGSSS), es tan sólo un componente bastante minúsculo del mismo, pero no por ello de menor importancia. La comprensión de la real dimensión que esta problemática envuelve depende de establecer su lugar y papel dentro del SGSSS y las relaciones e implicaciones que las decisiones al respecto generan en otros componentes y variables del sistema, como sería el caso de la universalidad o ampliación de la cobertura del mismo y de la igualación de los servicios ofrecidos por el régimen contributivo y por el subsidiado. Por lo tanto, en este capítulo se ofrece una descripción de las características principales del SGSSS, y la precisión y el sentido de la problemática de la definición de los planes de salud.

3. El sistema de salud colombiano y la seguridad social

Salud y acceso a servicios médicos no son concepto equivalentes⁴. El derecho a la salud no se agota con el acceso a los servicios de asistencia médica, puesto que comprende adicionalmente el acceso a los bienes y servicios determinantes de la salud, tales como saneamiento ambiental y agua potable. Por su parte, la atención médica, tampoco, se agota en los servicios individuales de salud.

La atención médica o sanitaria puede ser vista desde una perspectiva curativa o reparadora —medicamentos, diagnóstico, hospitalización, intervenciones

⁴ Afirma Norman Daniels (2002) que “Universal access to appropriate health care —just health care— does not break the link between social status and health... Our health is affected not simply by the ease with which can see a doctor —though that surely matters— but also by our social position and the underlying inequality of our society” (El acceso universal a servicios de salud adecuados no rompe el vínculo entre el estatus social y la salud... nuestra salud se afecta no solamente por la facilidad o dificultad de conseguir una cita médica —lo cual es importante—, pero también por nuestra posición social y la inequidad de la sociedad. Traducción libre del autor).

quirúrgicas, etc.— como desde una perspectiva preventiva —medidas de salud pública tales como las campañas de inmunización, control y vigilancia sobre la calidad de los alimentos, investigaciones científicas sobre diversos aspectos sanitarios, etc.— (Arbeláez, 2006, p. 58). En el mismo sentido, Castaño (2006, p. 14) distingue servicios de salud de corte curativo y de rehabilitación, de mediana y alta complejidad (CRMA) y servicios de promoción y prevención y atención curativa de nivel básico (PPB).

El sistema de salud introducido por la Ley 100 parte de la separación entre los servicios individuales y los servicios colectivos en salud, para dejar los primeros en manos del mercado con competencia regulada y, los segundos, a cargo del Estado (Hernández, 2002, p. 996)⁵. Los servicios individuales se concretan en la asistencia sanitaria o médica y los servicios colectivos se materializan en los programas de prevención⁶.

Así las cosas, el concepto de sistema de salud es mucho más amplio que el concepto de seguridad social en salud, pues ésta aparece como uno de los medios o instrumentos para la materialización del derecho a la salud, el cual se concentra básicamente en servicios sanitarios de tipo individual.

3.1. Modelos de seguridad social

Según Libardo Sarmiento (citado por Arbeláez, 2006, p. 167), la seguridad social es el “conjunto de medios de protección institucional frente a los riesgos que atenten contra la capacidad y oportunidades de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna”. Específicamente en el ámbito de la salud, por sistema de seguridad social se entiende el conjunto de normas, procedimientos e instituciones que tienen por finalidad materializar el derecho irrenunciable a la salud de toda la población.

Este conjunto de medios de protección institucional, puede adoptar diversas formas de organización y fundamentos éticos. Philippe Van Parijs (2001, p. 224)

⁵ Esta distinción se ha basado en la teoría económica neoclásica de los bienes, según la cual los bienes privados comportan un beneficio individual diferenciado por el cual las personas estarían dispuestas a pagar y los bienes públicos traen consigo altas externalidades positivas o negativas, es decir, afectan o favorecen simultáneamente a muchas personas en algún sentido, por lo cual nadie estaría dispuesto a pagar por ellos (Hernández, 2002, p. 996).

⁶ Esta distinción entre servicios individuales, si bien es útil, es relativa, puesto que en algunos casos la asistencia sanitaria implica diversos aspectos de la salud pública; este es el caso de aquellas enfermedades cuyo tratamiento va de la mano con programas de inmunización y vacunación. Ver Oscar Parra (2003, p. 97).

distingue tres modelos ideales de Estado de bienestar o sistemas de transferencias sociales o modelos de seguridad social, a partir de sus respectivas raíces históricas y fundamentos éticos. Tales sistemas son: el «bismarckiano», el «beveridgeano» y el «paineneano». En tanto modelos ideales, ninguno de los sistemas de seguridad social existentes responden en forma pura a alguno de ellos⁷.

En el modelo «bismarckiano», “los trabajadores renuncian, obligatoriamente, a una parte de sus remuneraciones presentes, para constituir un fondo que se utilizará para cubrir —cuando tengan necesidad— los gastos de atención de su salud, para suministrarles un ingreso cuando no puedan trabajar, ya sea porque pasaran cierta edad, tuvieran un accidente, enfermedad o se vieran afectados por desempleo involuntario”. Este tipo de sistemas extiende su cobertura básicamente sobre trabajadores y algunos de sus dependientes, se financia a través de aportes de empleadores y trabajadores, y los beneficios a los que se accede deben corresponderse con el nivel de aportes pagados.

En el modelo «beveridgeano», “todos los titulares de ingresos primarios (del trabajo o del capital) renuncian, obligatoriamente, a una parte de sus ingresos para constituir a un fondo que suministrará a todos los miembros de la sociedad un nivel mínimo de recursos, incluida la prima de seguro de salud, ya sea porque no son capaces de atender ese mínimo por sus propios medios (en razón, por ejemplo, de su edad, incapacidad, accidente, enfermedad) o por la imposibilidad de encontrar un empleo cuya remuneración le resulte insuficiente”.

Finalmente, en el modelo «paineneano», todos los titulares de ingresos renuncian obligatoriamente, a una parte de ellos, para constituir un fondo que sirva para pagar incondicionalmente un ingreso uniforme a todos los miembros de la sociedad (Van Parijs, 2001, p. 224).

Como veremos a continuación, el Sistema de Seguridad Social en Salud introducido por la Ley 100 de 1993 tiene rasgos propios del modelo «beveridgeano», pues está altamente regulado por el Estado y hay un fuerte componente de solidaridad (González, 2001, p. 3).

⁷ Si bien Van Parijs en el texto aquí trabajado centra su atención en cómo funcionan dichos modelos frente al riesgo de la pérdida o disminución de los ingresos y no frente a la enfermedad, las caracterizaciones generales que proponen dichos modelos pueden ser extendidas a la seguridad social en salud.

3.2. Principales características del Sistema de Seguridad Social en Salud de la Ley 100 de 1993

Hasta 1991 en Colombia la intervención estatal en materia de asistencia sanitaria se estructuró bajo la lógica del subsidio de la oferta, es decir, el Estado financiaba una red pública de centros asistenciales de salud para que dichos centros prestaran a quien lo necesitara asistencia gratuita (subsidio total) o a muy bajo costo (subsidio parcial). Este modelo condujo a bajos niveles de cobertura y la mala calidad de los servicios; y como consecuencia de ello, una de las tareas que hacía parte de la agenda pública a principios de la década de los noventa era la reforma del sistema de salud, que se concretó con la adopción de la Ley 100 de 1993, la cual en adelante invertirá totalmente el esquema, pasando de un sistema basado en el subsidio a la oferta a uno basado en el subsidio a la demanda.

Las reformas del Estado adelantadas en Colombia durante la década de los noventa se fundamentan en extender el diagnóstico general de la crisis del Estado de Bienestar a estas latitudes, cuando dicho concepto se corresponde con la situación norteamericana y europea de los años setenta. En otras palabras, se procedió a desmontar un modelo de Estado de bienestar que nunca se tuvo, sin haber recibidos los beneficios del mismo. Pasamos a focalizar el gasto social, sin haber tenido políticas sociales universales.

Lo anterior explica, en parte, que la Asamblea Constituyente de 1991 tomara la decisión de privatizar la prestación del servicio de salud, vinculada con una perspectiva neoliberal que se impuso en la prestación de servicios. Sin embargo, al mismo tiempo, se declaró la universalidad del acceso a los servicios de la salud, constituyéndose en el principal objetivo del Sistema de Seguridad Social en Salud adoptado mediante la ley 100 de 1993.

Según Aquiles Arrieta (2003, p. 1762), “el debate se suscitó entre si se debía adoptar un modelo abierto, de mercado, en el que la libre competencia, la libertad de escoger la mejor oferta, asegurara el mejoramiento de la calidad del servicio, o si se debía continuar con el existente en donde el Estado, básicamente por medio de ISS, gozaba de una posición dominante para asegurar la correcta distribución del bien público salud”. El congreso, entonces, optó por la salida del mercado regulado bajo el esquema de aseguramiento.

En todo caso, si bien el mercado y los particulares juegan un papel importante en el Sistema de Seguridad Social en Salud, la condición de servicios públicos que la Constitución Política de 1991 atribuye al acceso a la seguridad social, en general,

y a los servicios de salud, en particular, implica que, aún cuando tales servicios puedan ser prestados por particulares orientados por el ánimo de lucro, su actividad estará sometida a la dirección y coordinación del Estado (Arbeláez, 2006. p.165).

3.2.1. Regulación del mercado de servicios de salud

Los servicios individuales de salud están organizados bajo un modelo de mercado de aseguramiento con competencia regulada (Hernández, 2000, p. 6). Bajo tal esquema al Estado le corresponde: a) definir las reglas que regularan el mercado, las cuales son el resultado de acuerdos, negociaciones y concertaciones entre los distintos actores del mercado, que son facilitados por el Estado; b) Vigilar el cumplimiento de dichas reglas; y c) subsidiar la demanda de los pobres, lo cual viene realizando a través del denominado régimen subsidiado de salud.

Así, los mecanismos más importantes para la regulación de la competencia en el caso colombiano son (Hernández, 2000, p. 6):

- a) La obligatoriedad del aseguramiento;
- b) La existencia de un fondo único al que confluyen todos los recursos del sistema (Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA);
- c) La existencia de un plan mínimo de beneficios (Plan Obligatorio de Salud-POS);
y
- d) El pago per capita ajustado por riesgos (Unidad de Pago por Capitalización-UPC) a los asegurados. La UPC es el valor que reconoce el sistema por cada afiliado a manera de prima de aseguramiento, es diferencial y varía de acuerdo con la edad. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud define un promedio nacional, sobre el cual se realiza el incremento anual. Esto implica que el valor ponderado variará para cada EPS dependiendo de las edades de su población afiliada.

3.2.2. La financiación del sistema

Los recursos mediante los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud pueden ser clasificados en internos y externos. Los recursos internos del sistema son los que resultan de los aportes para ambos regímenes; y los recursos externos son los que no provienen directamente de los aportantes, sino de otras fuentes, como los impuestos a la renta, el IVA, el cuatro por mil, etc.

Estos recursos son manejados a través del FOSYGA (Decreto 1283 de 1996, Art. 5), que es una cuenta cuya dirección y control integral está a cargo del Ministerio de Salud, hoy Protección Social, destinada a “garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del sistema general de seguridad social en salud” (Ley 100 de 1993, Art. 156, literal I).

Esta cuenta a su vez está dividida en cuatro subcuentas, así:

- Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo: A esta cuenta entran los recursos provenientes de las cotizaciones, con los cuales se paga una UPC a cada EPS por cada afiliado y beneficiario que tenga.
- Subcuenta de solidaridad del régimen de subsidios en salud: a esta cuenta ingresa un punto de los 12 que cotizan los afiliados al sistema, al igual que ciertos recursos de la nación y de recursos provenientes de diferentes impuestos. Los recursos de esta subcuenta tienen por objeto permitir la afiliación de la población pobre y vulnera al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud.
- Subcuenta de la promoción en salud: se compone del 0.5 puntos de la cotización de cada afiliado del régimen contributivo. Con estos recursos se financian las actividades de promoción de la salud (actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad)
- Subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de trabajo: estos recursos se destinan a la atención de víctimas de desastres y accidentes de tránsito y tienen origen en los recursos del Fondo Nacional de Accidentes de Tránsito.

Las dinámicas de solidaridad y de equidad que implica esta forma de financiación están fuertemente atadas a lo que sucede en el mercado laboral. Así, la crisis de la economía se manifiesta en una mayor tasa de desempleo, que termina reflejándose en una disminución de los salarios y en una caída de las contribuciones a la seguridad social.

Además, la recesión económica trae consigo un debilitamiento de las fuentes de financiación del Estado. Los sistemas de aseguramiento y solidaridad son financieramente estables cuando la minoría que tiene problemas puede ser soportada por la mayoría que no tiene dificultades. Pero el sistema se vuelve frágil cuando la crisis económica lleva a un empeoramiento de la situación de la mayoría (González, 2002, p. 19).

Finalmente, aunque técnicamente no constituye un componente de la financiación del SGSSS, los recursos “de bolsillo” ayudan a comprender en su total dimensión la problemática que aquí se analiza. Por “recursos de bolsillo” se entiende aquellos recursos propios de los usuarios que son gastados en la protección de su salud. Así, por ejemplo, ciertos medicamentos, como antibióticos y analgésicos, por su costo no ameritan los trámites y costos de una acción judicial como la tutela, son cubiertos con los recursos propios de los usuarios. Esta situación se agrava en el caso de los pobres, pues en su caso el gasto de bolsillo de salud representa una porción importante de los ingresos de un hogar en un año⁸.

4. Los planes básicos de servicios de salud⁹

4.1. El concepto de planes básicos de salud

Los análisis de este trabajo se concentran básicamente en la actividad reguladora consistente en la definición del plan mínimo de beneficios, tarea que ha venido siendo desempeñada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y en la cual de manera indirecta, a través de fallos de tutela, ha intervenido la Corte Constitucional y demás jueces de tutela.

La Ley 100 de 1993, literal C del Art. 156, establece que “todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud”. Por su parte, el Art. 162 de la misma ley establece que el POS incluye “la *protección integral* de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento

⁸ El gasto de bolsillo en materia de atención sanitaria para las familias pobres asciende al 6% del total de sus ingresos (Defensoría, 2004, p.10).

⁹ La expresión servicios de salud médicos comprende una amplia gama de servicios médicos, tales como los exámenes diagnósticos, las cirugías, los tratamientos, los medicamentos, las prótesis, las citas médicas, etc.

y rehabilitación para todas la patologías, según intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan” (Texto original sin cursivas).

En 1998 la definición del POS que inicialmente traía la Ley 100 de 1993 fue modificada sustancialmente en el sentido de sustituir el concepto inicial de “protección integral” por la fijación de criterios como el de “costo-efectividad” y las “condiciones financieras del sistema”, a tener en cuenta en la definición de la actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos y guías de atención que estarán incluidos en el POS. Esta decisión fue adoptada mediante el Decreto 806 de 1998, Art. 9.

Así las cosas, el POS puede ser definido como la oferta reglamentada de servicios de salud que las instituciones deben ofrecer a sus beneficiarios (De Currea-Lugo, 2003, p.108). Esta oferta de servicios de salud se concreta en un conjunto de procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos.

Este conjunto de servicios varía de un régimen a otro, así uno es el POS del régimen contributivo (POS-C) y otro el POS del régimen subsidiado (POS-S). El Art. 162 de la Ley 100, en su inciso 3º, establece que el POS del régimen subsidiado “incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables”. La propia Ley 100 establece como meta la igualación de los planes para el año 2001, para lo cual ordena al CNSSS diseñar un programa para que los afiliados al régimen subsidiado accedan a los servicios del POS del régimen contributivo.

En definitiva, el POS-S es el plan de salud de los pobres, es decir, de aquellos que no pertenecen al régimen contributivo porque no tienen capacidad de pagar la respectiva cotización. Las personas que acceden a los servicios del POS-S, además de las limitaciones y exclusiones propias del POS-C, sólo pueden acceder al valor de la mitad del POS-C.

Lo anterior genera inquietudes frente a la equidad del sistema, puesto que quienes tienen acceso al POS-S son personas con ingresos menores a dos salarios mínimos, cuyas viviendas carecen de las condiciones físicas adecuadas, sin fuentes de agua potable o sin servicios sanitarios (es decir, con riesgo de enfermedades de transmisión hídrica), hacinamiento crítico (es decir, con riesgo de infecciones respiratorias y enfermedades de la piel), alta dependencia económica (bajos ingresos, y por tanto alto riesgo de desnutrición). Además,

quienes acceden al POS-C tienen una mejor calidad de vida y el riesgo de enfermedad es mucho menor (De Currea-Lugo, 2003, p. 150).

Por su parte, quienes participan en el sistema en calidad de vinculado (aquellas personas que no se encuentran inscritas ni en el régimen contributivo ni en el régimen subsidiado) sólo tienen acceso a los servicios que ofrece la red pública de hospitales que se mantienen en funcionamiento bajo el esquema de subsidio a la oferta. Así, el Artículo 33 del Decreto 806 de 1998 establece que las personas vinculadas al sistema “tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes”. Así mismo, el Artículo 49 del Acuerdo N° 77 de 1997 del CNSSS reitera lo anterior en los siguientes términos: “Las personas, sin capacidad de pago, que no hayan podido afiliarse al régimen subsidiado por disponibilidad de recursos para subsidios a la demanda, deberán ser atendidas, en calidad de vinculados, en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas o Empresas Sociales del Estado o IPS privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta”.

4.2. La problemática de las exclusiones

¿Qué servicios deben estar incluidos en los planes básicos de salud? Si todos los servicios de salud que una determinada sociedad puede producir no pueden estar allí incluido, entonces ¿Qué criterios deben orientar la decisión al respecto? ¿Deben estar incluidos los servicios de alta tecnología practicados en el exterior cuando la vida lo exija? ¿Deben estar incluidos los tratamientos de alto costo y de baja efectividad de los pacientes terminales?

En el caso de los medicamentos¹⁰, según Currea-Lugo (2003, p. 142) las exclusiones generan los siguientes problemas: “a) Ellos representan una alternativa terapéutica pero están excluidos del POS y son esenciales para un tratamiento determinado, b) Constituyen una segunda elección, por ejemplo en caso de alergia del paciente al medicamento de primera elección, y c) Son la elección frente a enfermedades poco comunes y por tanto no se contemplan dentro de la lista de medicamentos más usados”.

¹⁰ Según Francisco Rossi, experto en farmacoeconomía, “en Colombia debemos tener alrededor de unos ocho o diez mil medicamentos disponibles en el mercado, pero en el Plan Obligatorio de Salud se han incluido cerca de 600 productos”, citado por De Currea-Lugo (2003, p. 142).

Muchas de esas exclusiones son incompatibles con la noción de integralidad de la atención¹¹ planteada como principio del sistema (De Currea-Lugo, 2003, p. 130). Este es el caso de la exclusión del POS de las enfermedades catastróficas o ruinosas, entendiendo por tales las enfermedades crónicas, de alto costo y difícil recuperación, puesto que implica la exclusión de procedimientos que son centrales en la supervivencia y recuperación de los pacientes. Así las cosas, el POS termina reducido a servicios para patologías temporales (agudas) de bajo costo y fácil recuperación.

La Ley 100 de 1993 no dice expresamente qué hacer cuando una persona requiere un servicio médico que no está contemplado en el POS y carece de recursos económicos para costearlos. Simplemente, se limitó a señalar la obligación genérica del Estado de garantizar la salud de las personas.

De tal suerte que las personas han acudido a la acción de tutela para reclamar servicios no incluidos en el POS que consideran necesarios para conservar o restablecer su salud.

El reclamo judicial de un servicio médico puede presentarse básicamente por dos circunstancias: a) cuando el servicio solicitado no está explícitamente incluido, o b) cuando los límites borrosos de los planes de salud permitan una interpretación en este sentido. En estos casos, especialmente en el segundo, las empresas administradoras de los planes básicos (EPS) incitan al afiliado a que interponga una acción de tutela, para así trasladar la responsabilidad del pago al FOSYGA. A las EPS les conviene que los planes de salud no se actualicen para que el costo de las nuevas tecnologías sea asumido por el FOSYGA.

Algunos de los servicios de salud no incluidos en el POS que se reclaman por vía de la tutela no son costosos, sino que su exclusión se debe a que los planes obligatorios no se han actualizado¹². De hecho, son mejores en términos financieros que los existentes. Los planes obligatorios se han modificado muy poco, mientras que la ciencia y tecnología médica han avanzado muy rápidamente, por lo que algunos procedimientos de uso normal y cotidiano no se han incluido (Arrieta, 2003a, p. 1772-1782).

¹¹ Este principio se encuentra enunciado en artículo 156, literal C de la ley 100 de 1993

¹² El número de acciones de tutelas por medio de las cuales se busca el acceso a servicios médicos no incluidos en el POS puede ser interpretado como resultado de vacíos y debilidades en los contenidos del POS (Restrepo y Rodríguez, 2005, p.12)

Este es uno de los tópicos que más debate ha suscitado sobre la acción de tutela y su uso para promover el cambio de la legislación y de las políticas públicas en el país. Sus críticos sostienen que la acción de tutela, en estos casos, es un mecanismo incontrolable que termina haciendo daño en la medida en que se incluyen por esta vía medicamentos y procedimientos innecesarios, es empleada por personas que no cuentan con los requisitos para ser cobijados por el sistema y desvían la atención de quienes realmente lo necesitan.

No obstante el informe de la Defensoría del Pueblo sobre las causas de la acción de tutela en materia de salud, que analizaremos a continuación, da cuenta de lo contrario, toda vez que los medicamentos que se piden muchas veces están incluidos en el POS, son medicamentos necesarios para garantizar la vida digna de las personas, o no son dados de forma adecuada por las EPS.

4.3. La acción de tutela y los servicios médicos no incluidos en el POS

En el año 2004, la Defensoría del Pueblo presentó los resultados de una investigación sobre las causas de la tutela en salud¹³. La investigación analizaba la base de datos de las tutelas enviadas a la Corte Constitucional durante los años 1999, 2000, 2001 y el primer semestre de 2003, que invocan el derecho a la salud¹⁴. A continuación expondré los resultados más relevantes de dicha investigación a efectos de precisar las dimensiones del problema de los servicios médicos no incluidos en el POS.

- Del total de de las tutelas instauradas por los colombianos en el periodo analizado (565.323), el 25.7% (145.360) corresponde a demandas que invocan la vulneración del derecho a la salud (Defensoría, 2004, p.5).
- El 70% (86.000 tutelas) de las tutelas en salud reclamaban prestaciones que se encontraban dentro del POS y en el 95.2% (81.900) de los casos se cumplía el requisito de acreditar “períodos mínimos de cotización (Defensoría, 2004, p.6).

¹³ La investigación estuvo a cargo del Equipo Investigativo del Programa de Salud y Seguridad Social.

¹⁴ De las 145.360 acciones decididas que fueron enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión, se seleccionó una muestra representativa de 2.710. Esta selección se basó en un “muestreo aleatorio estratificado”, con un nivel de confianza del 95% y un margen de error del 2%.

- Entre el año 1999 y el 2003, el requerimiento judicial de medicamentos ha sido el de mayor crecimiento, al pasar del 9.3% al 17.9% (Defensoría, 2004, p.8).
- Las tutelas en salud relacionadas con patologías de alto costo constituyen el 21.04%.
- En el 71.3% de los casos las entidades demandadas son las EPS, en el 11.4% son las entidades territoriales y en el 3.1% son las ARS. Lo anterior indica que los “vinculados del sistema” recurren en una proporción mucho menor que quienes ya pertenecen al régimen contributivo o al subsidiado; y entre estos últimos, demandan mayoritariamente quienes pertenecen al régimen contributivo que al régimen subsidiado.

4.4. El Comité Técnico Científico de las EPS y ARS

Este comité es el encargado de autorizar las solicitudes de los médicos tratantes para que se otorgue a una persona afiliada un medicamento que no esté contemplado dentro del POS. Mediante la Resolución 5061 del 23 de diciembre de 1997 se reglamentó el Comité Técnico Científico como un órgano de toda EPS y ARS cuya función es, como lo indica el artículo 2º, “(...) atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS en relación con la ocurrencia de hecho de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud”. Especificando en un párrafo que “para los efectos de la resolución se entenderán por hechos de naturaleza asistencial los relacionados con la atención en salud en todas las etapas de la enfermedad para todas las patologías según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan, en especial las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos esenciales con criterios de costo-efectividad que no se encuentren en el listado de medicamentos aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

Con la implementación de la figura de los comités se esperaba que el número de reclamos de servicios médicos mediante la acción de tutela disminuyera. Se pensaba que sólo llegarían a la justicia constitucional aquellos casos en los cuales el comité no aprobara la solicitud del medicamento. Pero esto no sucedió (Arrieta, 2003a, p. 1771). De hecho, según el informe de la Defensoría del Pueblo sobre las tutelas en salud durante el periodo 1999-2004, las reclamaciones coactivas de medicamentos son las que proporcionalmente han tenido mayor crecimiento

desde el año 1999 y se ubican en el cuarto lugar de las actuaciones contenciosas más frecuentes¹⁵. Los medicamentos cardiovasculares, los oncológicos y aquellos para tratamiento del SIDA fueron los más pedidos.

Lo anterior se explica, entre otras razones, por las siguientes: a) el tipo de servicios médicos que pueden ser solicitados ante los comités se restringe a los medicamentos, cualquier otro servicio médico (cirugías, exámenes, etc.) no incluido en el POS debe ser solicitado mediante tutela; b) la falta de información de los usuarios del sistema acerca de la existencia de este procedimiento; c) la expansión del régimen subsidiado, en el cual el POS es mucho más limitado; d) los usuarios también aducen la demora en la programación de las reuniones de los citados comités (Defensoría, 2004); e) algunos medicamentos solicitados no tienen registro sanitario o no se comercializan en el país (Defensoría, 2004); y f) la tutela ofrece una mayor seguridad jurídica para los usuarios dada la uniformidad y estabilidad de la respuesta que la Corte ha dado a este tipo de casos y a la fuerza de precedente de sus decisiones, la cual amarra fuertemente a los demás jueces de tutela (Arrieta, 2003a, p. 1771).

¹⁵ Las medicinas no incluidas en el POS son las más solicitadas (47%), en razón de su costo elevado y su marca específica para tratamientos determinados. Además, el alto índice de recobros ante el FOSYGA por concepto de medicamentos no POS ordenados por tutela (16%), también es muestra que los comités no han funcionado.

Capítulo II

EL DERECHO, LA FILOSOFÍA POLÍTICA Y MORAL, Y LA ECONOMÍA FRENTE AL DERECHO A LA SALUD: LENGUAJES, PREGUNTAS Y ENFOQUES

Quizá el principal obstáculo que enfrenta el diálogo entre las perspectivas económica y jurídica sobre la protección judicial de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), específicamente en lo que atañe al derecho a la salud, consiste en la mutua exclusión de los argumentos que se producen desde la perspectiva del discurso ajeno, del “otro discurso”. Es como si los discursos se construyeran sobre objetos sociales totalmente diferentes y sin relación alguna. De tal suerte que, luego de distinguir entre la salud como hecho cultural, como objeto de política pública, como un mercado, como asunto de la reflexión filosófica y finalmente como un derecho humano y constitucional, se afirma a renglón seguido la perspectiva desde la cual se habla (De Currea-Lugo, 2003, p. 25).

La anterior descripción del debate entre abogados y economistas en relación con el tipo y el alcance de la justiciabilidad de los DESC corresponde tan sólo a una de las fases por las que el mismo ha pasado desde la adopción de la Constitución de 1991. Rodrigo Uprimny y César Rodríguez (2006, p. 23-24) distinguen tres etapas del debate. La primera se caracterizó por la mutua observación, en ella no hubo mayor contacto entre las respectivas disciplinas. Por su parte, la segunda etapa, que va aproximadamente desde 1998 a 2004, fue un típico “diálogo de sordo”, en ella defensores y críticos de las intervenciones de la Corte Constitucional en materia económica sostuvieron un tono polémico y defensivo. Cada parte reivindicaba los supuestos metodológicos y las tesis sustantivas de sus respectivas disciplinas. Finalmente, la tercera fase, en la cual nos encontramos, se ha caracterizado por la incorporación mutua de algunos argumentos sostenidos por la perspectiva contraria, lo cual ha conducido a matizar las radicales tesis sostenidas en los comienzos de la discusión. Así, abogados han introducido herramientas de análisis económico en sus discursos y los economistas han abierto espacio a consideraciones éticas y jurídicas en los suyos¹⁶.

¹⁶ Uprimny y Rodríguez proponen como ejemplo de los discursos producidos en esta última etapa su propia posición al respecto, la cual han denominado “institucionalismo social”. “Incorporamos de manera explícita y crítica los aportes de la economía a la discusión de las instituciones y tendemos puentes con aportes sobre el mismo tema que ofrecen el derecho y otras ciencias sociales. El resultado es una aproximación que hemos denominado “institucionalismo social” que —en lugar de subordinar una disciplina a la otra, como se hace en las corrientes de derecho y economía (*law and economics*), que incorpora temas jurídicos pero deja intacto el

La economía, el derecho y la filosofía moral y política no son terrenos donde reine la unidad teórica y conceptual en ninguno de los temas y problemas de los que se ocupan. Por ello, no es posible, sin más, oponer las perspectivas económicas, jurídicas y morales como si al interior de cada una de ellas no hubiese divisiones y matices. Además, hoy frente a la cuestión que aquí nos ocupa resulta difícil identificar tesis exclusivamente económicas, jurídicas y filosóficas. En una misma tesis confluyen argumentos que provienen de diferentes saberes.

Así, hoy tenemos que las teorías de la justicia no son exclusivamente normativas o prescriptivas. Un buen ejemplo de lo anterior proviene del filósofo D. Wiggins, para quien la pregunta por la justicia depende del estado de evolución de la sociedad correspondiente: “uno puede esperar que, en la medida en que una sociedad se enriquece (...), sus miembros construyan el «interés vital» más generosamente” (citado por Arango, 2005, p.295). Cada día es más frecuente encontrar en las tesis filosóficas la distinción entre sociedades bien ordenadas y aquellas de no los son, distinción ésta que tiene profundas raíces en juicios descriptivos¹⁷.

Por el lado del derecho las cosas no son muy diferentes. Así, tenemos que uno de los autores de cabecera de los defensores de la Corte Constitucional es el premio Nóbel de economía Amartya K. Sen¹⁸, mientras que algunos discursos jurídicos críticos de la Corte acuden a las herramientas del análisis económico del derecho¹⁹. El discurso jurídico también ha venido aproximándose a la filosofía moral y política; hoy suele discutirse acerca de la relevancia de los argumentos morales en el razonamiento jurídico especialmente en los casos difíciles o trágicos. Teóricos del derecho, como Ronald Dworkin, han sostenido que en este tipo de casos los jueces no cierran los libros de derecho, como lo sugieren los teóricos realistas, y deciden discrecionalmente, sino que deben acudir a la mejor

paradigma económico neoclásico— busca establecer un diálogo de iguales entre las diferentes disciplinas involucradas” (Uprimny y Rodríguez, 2006, p. 24).

¹⁷ Para Rodolfo Arango (2005, p. 186), “... en sociedades bien ordenadas —con regulación legal de amplios ámbitos de la vida, incluso de situaciones de pobreza y marginación— los derechos sociales fundamentales quedan menospreciados o la conciencia de su importancia minimizada por la extendida aplicación del principio de igualdad”.

¹⁸ Sen es visto por algunos juristas como un representante de las teorías de los derechos integradas o sensibles a las consecuencias Lamprea (2006) y García y Uprimny (2006).

¹⁹ Los diferentes autores que se inscriben dentro de la escuela de Chicago del análisis económico del derecho comparten un supuesto básico: “el sistema del common law puede ser explicado como un esfuerzo para promover la eficiencia económica (Posner, citado por Lamprea, 2006, p. 88). Para esta escuela existe una relación clara entre el derecho y el mercado, la cual es positiva, eficiente y maximiza el bienestar” (Malloy, citado Lamprea, 2006, p.88). Esta escuela defiende que el papel de los operadores jurídicos debe concentrar su análisis en la previsión de las consecuencias de su actuación sobre la asignación eficiente de recursos.

teoría moral disponible, en lo que se ha denominado la “lectura moral de la constitución”.

Por todo lo anteriormente dicho no queda otro camino que precisar qué economistas y teorías se enfrentan a que específicos discursos, autores y prácticas jurídicas y morales y viceversa. Este capítulo propone, a modo de ejemplo, algunas aproximaciones que sobre el derecho a la salud se han producido desde el derecho, la economía y la filosofía, tratado de identificar el tipo de problemas que se plantean y ciertas respuestas estándares a los mismos, que luego son empleadas por los diferentes actores que integran el sistema de seguridad social en salud colombiano.

4. El derecho y el derecho a la salud

Frente al problema aquí estudiado, los abogados, pero muy especialmente los jueces cuando deben resolver casos concretos, suelen iniciar la discusión identificando los derechos constitucionales en juego, la doctrina internacional existente al respecto, la naturaleza jurídica de tales derechos, su contenido mínimo, los conflictos con otros derechos y el grado de exigibilidad judicial de los mismos.

1.4. Los derechos sociales, económicos y culturales (DESC)

La naturaleza jurídica de los DESC suele determinarse por contraste con las características que tradicionalmente se le han atribuido a los derechos de libertad o civiles o de defensa o negativos o de primera generación o como quiera llamárseles. Para luego, a partir de tales diferencias, establecer un grado diferenciado de justiciabilidad de tales derechos. A continuación expondré los “lugares comunes” de los debates jurídicos entorno a la “naturaleza jurídica” de los DESC.

El siguiente cuadro da cuenta entonces de dichos debates. En la cuarta columna aparecen algunos comentarios críticos a lo que llamo distinción tradicional entre los derechos civiles y los DESC. Luego, a partir dicho cuadro, expondré a modo de “balance” algunas conclusiones.

CRITERIO DE COMPARACIÓN	DERECHOS DE LIBERTAD O DE DEFENSA (DERECHOS CIVILES Y	DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES-DECS	REVISIÓN CRÍTICA DE LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL
-------------------------	---	---	--

	POLÍTICOS)		
Origen histórico	Nacen paralelos a las revoluciones liberales del siglo XVIII, la inglesa, la norteamericana y la francesa.	Fueron reivindicados durante las revoluciones sociales. Ej.: Constitución jacobina de 1793, de la República Soviética de 1918 y la Constitución de Weimar de 1918.	
Fundamentación filosófica	Protegen cierta esfera de libertad y autonomía del individuo frente a las injerencias del Estado.	El ejercicio de la libertad democrática supone un mínimo de igualdad fáctica. También encuentran fundamento a parir de los conceptos de necesidades, capacidades.	
Naturaleza jurídica	El contenido de la obligación del Estado correlativa a este tipo de derechos es negativa, consiste en "no hacer"	<i>Carácter esencialmente prestacional: son derecho a algo. Estos derechos no son de aplicación inmediata integral sino de "realización progresiva" pues su satisfacción depende de la disponibilidad de recursos.</i>	No todos los derechos sociales implican prestaciones positivas para el Estado, ni todos los derechos individuales (civiles y políticos) únicamente generan deberes de abstención ²⁰ .
Determinación del contenido	Pueden determinarse de forma natural. Su contenido se construye con herramientas hermenéuticas estrictamente jurídicas.	Son indeterminados como consecuencia de la imprecisión y apertura extrema de los enunciados que los consagran. Es imposible de llegar con medios estrictamente jurídicos a una determinación exacta de su contenido.	Esta caracterización ofrecida de los DESC es predicable de todos, o casi todos, los derechos constitucionales.
Dimensión subjetiva	Son realizables directamente a nivel constitucional por vía de pretensiones jurídicas concretas exigibles constitucionalmente	Carecen de dicha posibilidad. Tradicionalmente se les ha negado el carácter de derechos subjetivos judicialmente invocables.	Es posible llevar ciertos derechos sociales a la categoría de derechos subjetivos.
Dimensión objetiva		Esta es la dimensión exclusiva en que son concebidos, pues son tenidos como meras metas u objetivos políticos dirigidos al legislador que carecían de eficacia jurídica alguna.	Ambos tipos de derechos constituyen un límite a la libertad de configuración del legislador de la política económica.
Actuación del Estado para la protección del derecho	Los derechos de libertad son anteriores al Estado. La actividad del Estado para su protección es la abstención u omisión de las conductas que representan una injerencia en el ámbito de libertad que tales derechos protegen.	Presuponen la existencia del Estado. La conducta del Estado es de dar, hacer o prestar.	La existencia del Estado es necesaria para la realización material de cualquier derecho, incluso de los derechos de libertad.
Posibilidades materiales de realización.	Su realización no está condicionada a exigencias del orden presupuestal	Su realización está condicionada a la disponibilidad de recursos que por definición son bienes escasos	Los recursos financieros pueden condicionar el quantum de los derechos, pero no son motivo para su negación. No es sólo un problema de

²⁰ Así, por ejemplo, existen derechos tradicionalmente considerados como derechos de libertad o de primera generación de carácter prestacional o positivo, como es caso del derecho de defensa y al debido proceso; y también existen derechos considerados tradicionalmente como sociales de carácter negativo, como es el caso del derecho a la huelga, la libertad sindical.

			disponibilidad, sino también, y principalmente de distribución de los recursos existentes.
Efectos económicos de su protección	Su protección no trae consecuencias económicas importantes.	Su protección implica una reorientación del gasto público y de las dinámicas financieras.	Sunstein y Holmes sostienen que la protección de todos los derechos, incluso de las libertades civiles, tienen costos económicos y supone un arbitraje entre usos alternativos de recursos escasos.
Sistemas internacionales de supervisión	Se basa en la determinación por parte de un órgano creado para ello de los hechos de violación de los derechos.	Evaluación de informes periódicos de carácter general presentados por los Estados sobre la situación de los derechos en el respectivo país.	

Las diferencias entre los derechos de libertad y los derechos sociales son diferencias de grado. Todos los derechos constitucionales implican un conjunto complejo de obligaciones negativas y positivas a cargo del Estado, que se traducen en obligaciones de respeto, de protección, de garantía, de satisfacción o de cumplimiento.

No obstante ser diferencias de grado se trata diferencias importantes, porque es indudable la existencia de derechos sociales cuyo contenido es esencialmente prestacional y la existencia de libertades cuyo contenido es esencialmente de abstención (Uprimny y Rodríguez, 2006, p. 27).

1.5. La protección judicial de los DESC

Los derechos sociales no tienen un aparato garantístico propio, es decir, la Constitución de 1991 no estableció una acción judicial exclusiva y adecuada para su protección, como sí lo hizo con los derechos fundamentales y los colectivos, para los cuales se crearon la acción de tutela y las acciones populares respectivamente. Por lo tanto, su protección judicial pasa por discutir acerca de la fundamentalidad de los mismos con miras a la procedencia de la acción de tutela para su defensa judicial. Esta no es una cuestión de poca monta, puesto que, desde la perspectiva jurídica, sin un aseguramiento judicial, los DESC se encuentran expuestos al peligro de no ser más que un texto, simple retórica.

Como el proceso de tutela se dirige a la solución jurídica de conflictos personales de derechos fundamentales, entonces no todo aquello en que hoy consisten los derechos fundamentales es susceptible de protección por los cauces de la vía

jurisdiccional de la acción de tutela. ¿Cuál es el contenido de los derechos fundamentales o su dimensión susceptible de protección judicial mediante el proceso de tutela? Hoy parece existir cierto consenso en torno a la idea de que la acción de tutela está diseñada para la protección de los derechos constitucionales en cuanto estos tienen de derechos subjetivos.

Al respecto, uno de los trabajos académicos más importante, publicado recientemente en Colombia, es el texto *El concepto de derechos sociales fundamentales* del profesor Rodolfo Arango (2005).

Para Rodolfo Arango los derechos sociales fundamentales son derechos positivos generales, es decir, derechos a un estado fáctico de cosas que ha de ser garantizado. Afirmar que un derecho social es fundamental significa que estamos ante un derecho con “un alto grado de importancia” (2005, p. 321). No se trata de la importancia abstracta del derecho. En su tesis importancia equivale a urgencia de la situación concreta (2005, p. 325). Según Arango, es necesario crear un modelo de protección de derechos sociales que desplace la atención desde el contenido del derecho hacia la situación fáctica del individuo. Así las cosas, esta tesis rechaza la existencia de un listado *a priori* de los derechos fundamentales (Arango, 2005, p. 327).

Su tesis encuentra en el concepto de urgencia un signo fundamental para el reconocimiento del derecho por parte de los jueces. Afirma el profesor Arango que la urgencia de una situación²¹ es la clave para resolver el problema de la indeterminación, “para establecerla debemos tan sólo imaginarnos lo que sucedería a la persona si su necesidad básica no es satisfecha” (2005, p. 312).

Mientras Uprimny y García adscriben la problemática de la realización de los derechos sociales a la cuestión de la *justicia distributiva*, en razón de la dificultad de determinar cuáles prestaciones son las que requiere un determinado derecho social²²; Rodolfo Arango, por su parte, adscribe su concepto de derechos sociales fundamentales al concepto de *justicia compensatoria* o *correctiva* (2005, p. 335-336), puesto que tales derechos “cumplen la función de etapa previa de cualquier

²¹ La urgencia de la situación “es un hecho objetivo en el sentido de que es una parte de nuestro mundo” (Arango, 2005, p. 317). En relación con el caso particular del derecho a la salud, afirma Arango que: “la definición de enfermedad es discutible. El concepto de salud es, en cierto grado, un concepto cultural. Sin embargo, existe suficiente evidencia empírica para fundamentar científicamente una afectación a la salud. Este es el caso del derecho a la salud en situación de emergencia o de grave dolor humano” (2001, p. 149).

²² “¿Cómo determinar cuáles prestaciones son las que requiere el derecho social? Esta dificultad hace de los debates propios de la aplicación de los derechos sociales asuntos directamente ligados a la justicia distributiva y, por ende, a la actividad política” (García y Uprimny, 2006, p. 505).

distribución justa, ya que de otra manera no es posible garantizar iguales derechos a todos” (2005, p. 343). Además, agrega Arango, los derechos fundamentales —incluidos el derecho al mínimo vital— deben ser garantizados previamente a la distribución democrática de bienes y cargas por parte del legislador. En este sentido, “la justicia correctiva tiene una especie de primacía sobre la justicia distributiva en los estados constitucionales y democráticos modernos” (Arango, 2005, p.344).

Se trata entonces de una protección judicial de mínimos sociales la defendida por Rodolfo Arango. De tal suerte que las políticas sociales de corte redistributivo deben buscarse por fuera de los estrados judiciales, específicamente en la política partidista que cobra expresión el Congreso. Está presente en esta idea, la exigencia de hacer compatible entonces la protección judicial de los DESC con las exigencias propias del principio democrático.

1.6. El derecho a la salud

1.6.1. El derecho a la salud como simple derecho social prestacional de realización progresiva y como derecho fundamental

El derecho a la salud no siempre es entendido de la misma manera por los abogados. Los diferentes actores del sistema jurídico (abogados, jueces, ciudadanos, movimientos sociales, grupos de presión, etc.) adscriben estratégicamente el derecho a la salud a diversas concepciones de los DESC disponibles en la literatura jurídica²³, según los intereses en juego y el tipo de contexto institucional en el cual tiene lugar el debate respectivo. Incluso, el tipo de litigio constitucional y los problemas que en él se discuten han llevado a la Corte a asumir diferentes concepciones del derecho a la salud.

²³ Así es posible inventariar las concepciones de los DESC en los siguientes términos: a) Los derechos sociales son normas pragmáticas que tienen el efecto de establecer autorizaciones u otorgar competencias a las autoridades del Estado; b) Los derechos sociales como derechos legales y no constitucionales. Los derechos sociales no tienen eficacia jurídica, mientras no sean objeto de desarrollo legislativo; c) Los derechos sociales como parámetros o criterios de constitucionalidad de las políticas sociales. En este caso el concepto de *no regresividad* juega un papel importante en la protección de los derechos sociales. Según este concepto, “una vez que se ha alcanzado un determinado grado de efectividad o de protección de un DESC, ese logro no puede ser desmontado”; d) Los derechos sociales como derechos subjetivos condicionados. e) Los derechos sociales como derechos subjetivos cuando están en *relación de conexidad* con los derechos civiles y políticos. Esta ha sido una tesis sostenida por la Corte Constitucional Colombiana; f) Los derechos sociales como derechos subjetivos directos para ciertos grupos de la población; y g) No parecen existir sistemas jurídicos que conciban a los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales reclamables por todo el mundo en cualquier circunstancia. Al respecto ver la recopilación del debate entre abogados y economistas hecha por Carlos Vicente De Roux y Juan Carlos Ramírez (2004).

En el marco del control de constitucionalidad abstracto de la Ley 100 de 1993 (producto de la acción pública de inconstitucionalidad) es posible encontrar un mayor énfasis en la carácter prestacional y programático del derecho a la salud, mientras que en el marco de los procesos de revisión de tutela (control de constitucionalidad concreto) aparece nítidamente la cuestión de la dimensión de derecho subjetivo del tal derecho.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-1165/2000 la Corte empleó el concepto de no regresividad de los DESC para declarar inconstitucional el Art. 34 de la Ley 344 de 1996, que establecía la reducción de los recursos para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA. En la sentencia C-130/2002, la Corte encontró constitucional el Art. 162 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la existencia de planes básicos de salud diferentes para el régimen subsidiado y para el régimen contributivo²⁴. En este caso la Corte enfatizó el carácter programático del derecho a la salud y expresamente sostuvo que “la consagración del derecho a la salud y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, *de una sola vez*, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones, todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio”.

De otro lado, en el marco de los procesos de revisión de tutela también aparecen estratégicamente utilizadas diversas concepciones del derecho a la salud. En el caso de las demandas de los usuarios del sistema por servicios médicos incluidos en el POS, el derecho a la salud ha sido calificado como un derecho fundamental autónomo, tesis bastante próxima a la concepción de los derechos sociales como derechos legales, pero cuando se trata de servicios médico no incluidos en el POS, el derecho a la salud es considerado como fundamental por conexidad. También la Corte ha considerado el derecho a la salud como un derecho fundamental *per se*²⁵, cuando se trata de la salud de los niños²⁶ y de ciertos grupos especiales.

²⁴ La demandante consideraba que la existencia de dos regímenes de seguridad social en salud, el contributivo y el subsidiado, con más y mejores beneficios y servicios para los primeros, cuando son los segundos por su condición socio económica, quienes requieren mas y mejores servicios de salud, vulnera el principio de igualdad.

²⁵ Con la expresión “*per se*” quiere subrayarse que el status de fundamental del derecho no pende de consideración alguna de sus relaciones con otros derechos estos sí fundamentales, sino que es fundamental en sí mismo considerado.

²⁶ Este es el caso de la Sentencia SU-225 de 1998.

En síntesis, cuando se enfatiza el carácter prestacional y progresivo del derecho social a la salud, se quiere resaltar que las exigencias que de él surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico; que para su efectividad se requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, las cuales viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público conducente a su prestación; que imponen al Estado el cumplimiento de “obligaciones de ejecución compleja, por cuanto exigen de su parte el diseño e implementación de políticas públicas” (Arrieta, 2003, p. 1757). Por su parte, cuando se subraya su dimensión de derechos fundamental se quiere afirmar que la protección judicial de tales derecho sustrae importantes posibilidades de decisión al proceso político de deliberación y disposición legislativas (Arango, 2005, p. 186).

1.6.2. Dimensión negativa y positiva del derecho a la salud

La distinción entre la dimensión negativa y positiva²⁷ del derecho a la salud ayuda a comprender las discusiones jurídicas en torno a dicho derecho y a identificar aquella dimensión del mismo que juega un rol relevante en las cuestiones relativas a los servicios de salud.

Como la mayoría de los derechos humanos y constitucionales, el derecho a la salud se compone tanto de una dimensión positiva como de una negativa, atendiendo al tipo de prestaciones que de él se derivan. De su *dimensión negativa*²⁸ hace parte el control de la persona de su propio cuerpo y de su propia salud, el derecho a la información relacionada con su salud, a rechazar tratamientos, entre otras libertades. También hace parte de esta dimensión la prohibición de las conductas que las personas desarrollen culpable o dolosamente, que causen daño a otro.

De otro lado, la *dimensión positiva* consiste en las medidas de protección tendientes a garantizar el acceso a los medios y recursos necesarios para el

²⁷ “Según si el objeto de la obligaciones un hacer (acción positiva) o un no hacer (acción negativa), el derecho correlativo es designado derecho positivo o negativo. Los derechos negativos tienen como objeto un dejar de hacer del obligado, se un individuo o una colectividad. Frente a eso, lo derechos positivos tienen como objeto un hacer del obligado u obligados. Este “hacer” bien puede ser una acción material o fáctica, o una acción normativa” (Arango, 2005, p. 24). De lo que se trata entonces con esta distinción entre dimensión negativa y positiva de los derechos, no es otra cosa, que resaltar que en un mismo derecho concurren contenidos obligacionales diversos, algunos negativos y otros positivos.

²⁸ Según Pablo De Lora, la dimensión «negativa» u «omisiva» de la obligación correlativa al derecho a salud consiste en que “los poderes públicos no pueden adoptar medidas que... comprometan la salud o integridad física de los individuos” (2004, p. 882).

mantenimiento y recuperación de la salud cuando ésta se ha perdido (De Currea-Lugo, 2003, p. 26).

Entendido como derecho a la atención médica organizada y dispensada por los poderes públicos, el derecho a la salud aparece como un derecho de carácter prestacional, que constituye parte de su *dimensión positiva*. Así entendido, el derecho a la salud implica “una serie de obligaciones de hacer o de proporcionar las condiciones, bienes y servicios que hacen posible la conservación y recuperación de la salud tanto individual como colectiva mediante obligaciones que están en cabeza del Estado” (Arbeláez, 2006, p. 73).

Esta dimensión positiva puede tener un contenido normativo o fáctico, es decir, la obligación correlativa del derecho a la salud puede consistir en la realización de un acto de creación normativa (el establecimiento de una norma) o en una acción material. Cuando se reclama un servicio de salud nos enfrentamos a la dimensión positiva y fáctica del derecho a la salud. La obligación del estado o de los particulares, según el caso, consiste en dar una prestación material.

5. La filosofía moral y política frente al derecho a la salud

Esta sumaria aproximación al tipo de cuestiones que se plantean filósofos morales y economistas en relación con el derecho a la salud, no tiene otro sentido que establecer el marco conceptual de la tensión entre equidad y eficiencia que, por cierto, ha sido una de las preocupaciones centrales del pensamiento liberal.

2.1. Teorías deontológicas y consecuencialistas de los derechos

La diferencia entre los argumentos basados en la eficiencia y los argumentos de justicia o basados en derechos consiste en que mientras los primeros enfatizan o priorizan la cuestión de la maximización de los recursos, bienes y oportunidades, los segundos se ocupan de la cuestión de la distribución de los mismos. En este sentido, las teorías de la justicia de corte deontológico serían el discurso propicio para extraer argumentos del segundo tipo (De Lora, 2003, p.890).

Una vía para tratar de comprender la distinción que aquí se propone entre argumentos basados en la eficiencia y argumentos basados en derecho consiste en distinguir, a su vez, entre derechos y metas, y entre teorías de los derechos consecuencialistas y deontológicas.

En relación con lo primero, es un lugar común la tesis de Ronald Dworkin sobre la distinción entre derechos y metas. Para este filósofo norteamericano, la diferencia entre derechos y metas está en el carácter distributivo de las proposiciones sobre derechos (Arango, 2005, p. 61). Afirma Ronald Dworkin,

“Un derecho (...) es una meta política individualizada. Un individuo tiene derecho a una oportunidad o recurso o libertad si tal cosa tiende a favorecer una decisión política en virtud de la cual resultará favorecido el estado de cosas que le permite gozar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirva a ninguna otra meta política, e incluso cuando se la perjudique; y cuando en contra de tal decisión pesa que ella retardaría o pondría en peligro tal estado de cosas, aun cuando ello sea útil a otra meta política” (1984, p. 159)

“Una meta es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así una oportunidad, recurso o libertad en particular para individuos determinados. Las metas colectivas apoyan la coordinación de costos y beneficios en la comunidad, con el fin de generar un beneficio global para la comunidad total. La eficacia económica es una meta colectiva” (1984, p. 159)

Como bien lo anota Rodolfo Arango (2005, p. 63), al comentar la anterior tesis de Dworkin, en el plano del lenguaje la frontera entre derechos y metas políticas es bastante fluida. Así, que el contenido protegido por un derecho pueda verse en un caso concreto como un derecho individual y en otro como una meta política depende de la respectiva argumentación que justifique la adscripción de ese contenido a una norma constitucional.

De otro lado, tenemos que la diferencia entre teorías deontológicas y consecuencialistas de los derechos²⁹ se comprende mejor a la luz de los conflictos entre derechos individuales y bienes colectivos; pero antes de abordar la cuestión específica de este tipo de conflicto, resulta necesario precisar en general que tienen en común las teorías de los derechos que aquí llamamos deontológicas y consecuencialistas³⁰. A continuación caracterizaré las versiones extremas del

²⁹ La distinción que hace Amartya Sen entre aproximación «independiente» y aproximación «integrada» de los derechos equivale a la distinción entre teorías deontológicas y consecuencialistas de los derechos respectivamente (2002, p. 35-36).

³⁰ Las teorías consecuencialistas también son llamadas “no deontológicas”.

“deontologismo” y del “consecuencialismo” en materia de derechos básicos. En el intermedio de estas posturas es posible identificar cierto deontologismo “evolucionado o sensible a las consecuencias” y ciertas teorías consecuencialistas “cualificadas” o “sensibles a los derechos” (Lamprea, 2006)³¹.

Según John Rawls, las teorías deontológicas caracterizan lo justo de los actos y de las instituciones en sí mismos e independientemente de sus consecuencias. Son teorías que declaran la primacía absoluta de los derechos sobre cualquier otra consideración y consideran toda interferencia en los derechos individuales como una violación de estos (Lamprea, 2006, p. 82-83). En términos de Amartya Sen, la aproximación “independiente” de los derechos tiende a ver “los derechos como requerimientos procedimentales, expresados como constreñimientos que deben ser observados o como oportunidades institucionales ofrecidas sin impedimento, lo que permite a los tenedores de derechos que las ejerciten a su parecer” (2002, p. 35-36)³².

Por su parte, para una teoría de corte consecuencialista “todas las opciones, incluyendo la selección de acciones, prácticas, instituciones y demás, deben ser guiadas exclusivamente por la bondad del estado de cosas consecuente” (Sen citado por Lamprea, 2006, p. 80). En el ámbito específico de los derechos, una teoría no deontológica o consecuencialista, según Rodolfo Arango (2005, nota N° 50, p. 75), es aquella que sostiene que los sujetos no tienen derechos a priori o los derechos individuales no preceden a las metas colectivas. Estas teorías permiten *trade offs* entre derechos y metas colectivas y afirman que los derechos pueden ser otorgados según criterios diversos, según cuál sea el peso reconocido a los derechos en las decisiones políticas.

Anota A. Sen, que “la aproximación “integrada” adecua la importancia de los derechos dentro de un entramado general de evaluación de estados de cosas, en donde se incluye la realización y violación de los derechos. El asunto de los pesos relativos otorgados a diferentes derechos *vis-à-vis* unos a otros, así como *vis-à-vis* otros logros y realizaciones procedimentales, puede ser propuesto explícitamente en este contexto” (2002, p. 36).

³¹ Lamprea (2006) propone como ejemplo de una teoría de los derechos sensible a las consecuencias la teoría de Amartya Sen y como ejemplo de una aproximación consecuencialista sensible a los derechos la teoría de T. M. Scanlon.

³² Según Rodolfo Arango, una concepción deontológica de los derechos se basa en dos premisas: “(i) los individuos tienen derechos y (ii) los derechos individuales priman ante las metas colectivas porque si no el individuo no sería tomado en serio” (2005, Nota ° 50, p. 75).

Finalmente, para las teorías deontológicas de la justicia los principios que gobiernan la distribución deberían resultar aceptables para cualquier persona y los derechos básicos que ellas defienden constituyen “un cierto derecho de veto frente a un esquema que les sacrifique en aras al logro de un mayor bienestar” (De Lora, 2003, p.891).

Así concebido el estatus de los derechos humanos, para algunos catalogar el derecho a la protección de la salud implica “elevar una pretensión moral muy exigente”, como es el caso de Hessler y Buchanan, citados por Pablo de Lora (2003, p. 891). Detrás de esta idea subyace la imposibilidad entonces de oponer al disfrute pleno del derecho a la salud consideraciones basadas en un mayor interés general o el socorrido bien común, dado el estatus asignado a los derechos humanos en las teorías de la justicia.

En las bases de las teorías de la justicia está presente la idea según la cual al momento de distribuir los recursos, bienes y oportunidades no deben tenerse en cuenta aquellas circunstancias “que afectan a los individuos cuándo estas son frutos del azar”, de tal suerte que el Estado debe intervenir “para corregir esa injusta distribución natural” (De Lora, 2003, p. 891).

Es en este punto cuando aparece nuevamente la cuestión del derecho a la salud, en tanto que “la enfermedad es, indudablemente, una de las condiciones que más inciden en el rango de oportunidades para que los individuos desarrollen su plan de vida, contingencia que, por antonomasia, no cabe impura, por regla general, a la elección del propio sujeto” (De Lora, 2003, p. 891). De ahí que la filosofía política haya abordado la cuestión de la distribución de la asistencia sanitaria como una especificación de una teoría de la justicia basada en derechos.

2.2. Las teorías de la justicia y el derecho a la salud

Según Norman Daniels (2002, p. 1), la teoría de la justicia aplicada a los problemas de la salud y de los servicios de salud debería ocuparse de tres cuestiones básicas: a) ¿qué de especial tiene el bien salud que permita justificar el hecho de que muchas sociedades distribuyan los servicios de salud más igualitariamente que muchos otros bienes sociales?; b) ¿cómo saber cuándo es injusta una determinada distribución de los recursos de salud?; y c) ¿qué condiciones deben concurrir en el proceso de toma de decisiones de distribución de los recursos de salud para que sea considerado justo?

Las tesis de Ronald Dworkin y Norman Daniels constituyen dos diferentes e interesantes aplicaciones de consideraciones morales al caso de la distribución de los servicios de salud. La tesis Dworkin enfatiza en la posibilidad de encontrar cierto consenso en torno a principios morales que orienten la decisión de la distribución de recursos; se trata claramente de una tesis sustantiva. Por su parte, la tesis de Daniels, al asumir la imposibilidad de encontrar principios morales sustantivos objetivos que permitan evaluar la corrección de las decisiones que limitan los servicios de salud, resalta la importancia de las condiciones deliberativas de los procesos mediante los cuales se adoptan dichas decisiones; se trata, sin duda, de una tesis de corte procedimental.

2.2.1. La tesis de Ronald Dworkin

En la teoría de Dworkin, los derechos son “cartas de triunfo” que los sujetos interponen a los intereses maximizadores de la comunidad. En ella la corrección de una decisión depende del respeto de los derechos como único criterio de evaluación posible, que no es puesto en competencia con otros valores o fines que podrían ser socialmente buenos. Así, los derechos individuales son expresión de un principio genérico que impone a los Estados la obligación de tratarnos a todos con igual consideración y respeto. Y la mejor manera de entender ese deber consiste en que el poder público nos provea a todos con un monto igual de los recursos que la estructura económica permite, dejando a cada cual libre de utilizarlos como estime mas apropiado en función de su plan de vida (De Lora, 2003, p. 893).

H. L. A. Hart advertía el peligro que corren aquellas teorías de la justicia como la de Ronald Dworkin que se asientan en un principio único; en el caso de Dworkin tal principio consistía en la igual consideración y respeto por las personas (Lamprea, 2006, p. 82). ¿En qué tipo de igualdad soportaba Dworkin su teoría de los derechos? Se trata de aquella igualdad que busca neutralizar los efectos diferenciales de la suerte en la vida de las personas³³.

Según esta concepción de la igualdad, lo que se debe neutralizar son las desigualdades que no son fruto de las decisiones personales (Alegre, 2001, p. 5-6). Así, por ejemplo, ante la cuestión de si la sociedad debe acudir en ayuda de

³³ La igualdad que Dworkin defiende es la igualdad de recursos (De Lora, 2003, p. 893), la cual se enfrenta a la concepción de la igualdad como igualdad en el *bienestar*. El modelo de la igualdad de recursos trata de hacernos responsables de nuestras preferencias y ambiciones, aunque previamente se neutralicen los efectos potencialmente desigualitarios de los factores y circunstancias que escapan al control de los individuos (De Lora, 2003, p. 894).

aquellos que terminaron en la ruina por decisiones riesgosas o equivocadas, como la de construir viviendas en zonas inundables, para este tipo de igualitarismo, si las personas sabían del riesgo que corrían y además no eligieron asegurarse contra esos riesgos, entonces ellas, y sólo ellas, deben cargar con los costos de los eventuales infortunios. Hay en estas teorías una fuerte presencia del valor de la responsabilidad personal³⁴.

Afirma Pablo De Lora que “lo que la concepción dworkiniana pretende igualar... no es la *personalidad* de los sujetos, esto es, el conjunto de características que les define como individuos (convicciones, ambiciones, gustos y preferencias) que se proyecta en la elección de su plan de vida, sino sus *circunstancias*, es decir, sus recursos, talentos y capacidades” (2003, p. 893). El punto neurálgico de la propuesta dworkiniana es el de cómo lograr discriminar adecuadamente entre la parte de la prosperidad individual que se debe a las ambiciones o planes de vida, y la que es el fruto de los talentos que dependen de la lotería genética.

Según Dworkin, si es que existe un derecho moral a la protección de la salud, éste se traduce en el derecho de todo individuo a un esquema *justo* de distribución de recursos con lo que atender las *necesidades básicas* de todos (De Lora, 2003, p. 893). ¿En qué consiste un esquema justo de distribución de recursos en salud?³⁵

La decisión sobre el esquema justo de distribución de recursos debería ser tomada en un contexto que reúna las siguientes circunstancias ideales: a) igual distribución inicial de medios para afrontar la vida; b) cada individuo es libre a partir de ese momento de gastarlos como le resulte más apropiado en función de su plan de vida; c) la información médica no está asimétricamente distribuida entre los profesionales de la salud y el público en general; d) nadie conoce nada sobre las probabilidades de ninguna persona en particular de desarrollar una enfermedad que en ese momento no padece; e) en esa sociedad los individuos acceden a la salud a través de la compra de servicios de salud en un mercado libre, de tal suerte que no existe un sistema sanitario financiado, ni bonificación fiscal alguna por la compra de servicios de salud (De Lora, 2003, p. 897).

³⁴ En tal sentido también se pronuncia Rodolfo Arango cuando justifica la existencia de derechos sociales fundamentales. Según Arango, “la situación de carencia no debe poder imputarse a la actitud abiertamente irresponsable del afectado. De lo contrario, sería acertado el reparo en contra de los derechos sociales fundamentales según el cual «tales derechos significan la redistribución económica de los prudentes e industriosos entre quienes por su culpa han fallado en aprovechar las oportunidades que tenía para proveerse su propia seguridad»” (2005, p. 205).

³⁵ En la reflexión de Dworkin está presente su preocupación por el tamaño del mordisco presupuestario que en Estados Unidos suponen los gastos médicos cuando la calidad de vida ya se ha deteriorado irremisiblemente y la esperanza de sobrevivir no supera el corto plazo (De Lora, 2003, p. 898).

Bajo estas circunstancias ideales, cualquiera que fuera la cantidad destinada a la salud en esa sociedad (y esa cantidad no sería sino la suma de lo gastado por cada uno de los miembros) esa sería la *cantidad justa*, y cualquiera que sea la forma en que quede distribuida la protección de la salud en esa sociedad, esa sería la *distribución justa*” (De Lora, 2003, p. 897). De tal suerte que negar a una persona aquellos tratamientos, como tratamientos salvadores cuando se ha entrado en las últimas y más penosas fases de una demencia irreversible como el Alzheimer o la alimentación artificial para un estado permanentemente vegetativo, que por su altísimo costo nadie en las condiciones arriba descrita pagaría una póliza para su cubrimiento, en tanto esa cantidad puede destinarla a satisfacer otros intereses y bienes cuya ausencia hace que la vida resulte empobrecedora. En síntesis, “no reclames del Estado lo que tú mismo no habrías previsto” (De Lora, 2003, p. 901).

Varios comentarios críticos merece la tesis de Dworkin. Así, en primer lugar, Dworkin descuida el hecho de que “no se realiza plenamente la justicia cuando no se dan ciertas condiciones objetivas imprescindibles para desarrollar una vida mínimamente digna” (De Lora, 2003, p. 899). Además, el modelo de Dworkin al no considerar tan especial el tratamiento sanitario, sino que lo toma como un bien más sobre cuya provisión el consumidor es soberano, pierde de vista algo importante: la necesidad objetiva de disponer de él. Así, “el juicio sobre la necesidad del tratamiento para la enfermedad y su previsión es una evaluación, se dice, que escapa al ámbito de la preferencia subjetiva. Nada asegura que los individuos adquieran coberturas razonables, y no es bastante respuesta a que será justo lo que obtenga cada cual si fue el fruto de una elección que atiende a un esquema o plan global de vida libremente asumido” (De Lora, 2003, p. 900)³⁶.

2.2.2. La tesis de Norman Daniels y James Sabin

Norman Daniels y James Sabin, en su texto “Limits to health care: fair procedures, democratic deliberation, and the legitimacy problem for insurers” de 1997, se ocupan expresamente del problema que aquí nos ocupa. El propósito central del texto consiste en establecer cuándo un paciente o un médico deben aceptar cómo legítima la exclusión de un servicio médico que considera necesario o adecuado³⁷.

³⁶ Afirma Pablo De Lora criticando la tesis de Dworkin que “lo justo es que todos vean cubiertas sus necesidades sanitarias objetivas porque ello es en definitiva la condición de posibilidad para disfrutar de los planes de vida que decidan emprender” (2003, p. 900).

³⁷ En el contexto norteamericano, sobre el cual Daniels y Sabin escriben, esta decisión es tomada por agentes privados (Managed Care Organization –MCOs); mientras que el caso colombiano es adoptada por una agencia reguladora del gobierno central, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSS.

Para estos autores legitimidad y justicia son dos conceptos diferentes. Si bien no son explicitados en el texto comentado, entre líneas se lee que los problemas de justicia apuntan a cuestiones sustantivas y los problemas de legitimidad a cuestiones procedimentales. La justicia se predica de las decisiones y la legitimidad de los procedimientos que las producen.

La pregunta por la justicia de las decisiones que excluyen ciertos servicios de salud podría responderse desde la filosofía moral, a partir de un determinado conjunto de principios; en tal caso no tendría sentido la pregunta por la legitimidad. Pero como no es esperable que haya un consenso sobre esos principios, ésta no podría ser entonces la salida para los problemas acerca de la justicia de este tipo de decisión.

Según Daniels, como frente a este tipo de cuestiones los pesos que las personas le dan a diferentes preocupaciones morales probablemente depende de concepciones morales más amplias que las personas tengan, es posible esperar que los desacuerdos entre ellas sean persistentes. Razón por la cual, cobra fuerza las cuestiones relativas a los procedimientos mediante los cuales se adoptan estas decisiones³⁸. Para estos autores, en la decisión de excluir ciertos servicios de salud deben proyectarse todos los requisitos que hacen posible tildar de «justos» o «equitativos» el resultado que se alcance.

Daniels y Sabin establecen las siguientes condiciones procedimentales para la adopción de «decisiones limitadoras» (2003, p. 903):

- Requisito de la publicidad de las decisiones y sus razones: “las decisiones relativas a la cobertura de nuevas tecnologías sanitarias y las justificaciones que se aduzcan, han de ser públicamente accesibles”.
- Principio de relevancia: “tales justificaciones deben tener como objetivo aportar una construcción razonable acerca de cómo la sociedad ha de satisfacer las necesidades sanitarias bajo restricciones presupuestarias razonables, siendo razonable el diseño cuando apela a razones y principios que son aceptados

³⁸ En palabras de Daniels (2002, p.12) “If we have persistent disagreement about principles for resolving rationing problems, then we must retreat to a process all can agree is a fair way to resolve disputes about them” (Si tenemos persistentes desacuerdos sobre los principios que deben resolver los problemas de las decisiones limitativas, entonces nosotros deberíamos ponernos de acuerdo acerca de cual es una forma imparcial para resolver esas disputas). Traducción libre del autor.

como relevantes por gente dispuesta a encontrar términos de cooperación que son mutuamente justificables”. Se trata entonces de razones que los afectados por las decisiones puedan reconocer como relevantes y apropiadas para el propósito de justificar decisiones a todos los que sean afectados por ellas. Las personas que discuten deben compartir la meta de cumplir las variadas necesidades de una población con recursos limitados y el compromiso de justificar limitaciones en referencia a las razones que todos pueden considerar apropiadas y relevantes.

- Requisito de apelabilidad: “Debe existir un mecanismo para que cualquiera pueda objetar las decisiones limitadoras”. Como el proceso de toma de decisiones produce vencedores y perdedores, pues el diálogo que se propone con el requisito de la “relevancia” suele terminar con la adopción de la decisión a través de la regla de mayoría, se pregunta Daniels qué vía les queda a aquellos que quedan en una situación desfavorable. Aquí Daniels, se refiere en primera instancia a los mecanismos internos de los agentes privados del sistema americano. Estos mecanismos son equiparables al comité científico de la EPS.
- Requisito de la ejecutabilidad: “Debe existir una regulación del proceso que asegure que las tres anteriores condiciones se cumplen”.

Lo que se busca con estos cuatro requisitos es evitar que este tipo de decisiones sean tomadas por fuera de la mirada del público, sean decisiones públicamente accesibles³⁹. En síntesis, se trata de requisitos de publicidad y de rendición de cuentas. Pero, hasta aquí sólo se ha expuesto un criterio que merece ser completado con otros. Pues de la ciudadanía no sólo es deseable su rol de simple espectador sino que su voz cuente.

Resulta oportuno precisar los límites de las tesis de Daniels. En primer lugar, el caso específico que discute consiste en lo que él llama tratamientos de “última oportunidad”, es decir, aquellos cuyos resultados o ventajas frente a otras alternativa de tratamiento no han sido suficientemente probados por la comunidad científica médica, los cuales surgen como opción en casos de vida o muerte.

³⁹ Afirma Daniels que “the guiding idea behind the four conditions is to convert private health plan or public agency decisions into part of a larger public deliberation about how to use limited resources to protect fairly the health of a population with varied needs” (2002, p.12).

En segundo lugar, la propuesta normativa de Daniels no distingue entre las decisiones de las “agencias públicas” (Congreso, comisiones de regulación, Cortes y jueces) y las decisiones adoptadas por agentes privados cuando definen las limitaciones de los planes de privados de salud.

Finalmente, otro límite de la tesis de Daniels radica en su amplio concepto de deliberación pública, así para este autor, “the broader public deliberation envisioned here is not necessarily an organized democratic procedure, though it could include the deliberation underlying public regulation of the health care system”⁴⁰ (2002, p.12).

En todo caso, la tesis de Daniels tiene cierta importancia en el debate que aquí nos ocupa, en tanto su trabajo se propone de manera explícita identificar las condiciones de deliberación de las decisiones sobre cobertura de los seguros y planes de salud sean públicos o privados. Específicamente, Daniels aborda la cuestión de cómo debería asumirse el argumento según el cual un determinado servicio de salud no es cubierto porque es muy costoso (2002, p.14).

6. La economía y el derecho a la salud

En relación con el tipo de cuestiones que los economistas suelen plantearse frente a la salud sólo cuatro de ellas nos interesan aquí: a) la naturaleza económica del bien “salud” y la financiación del acceso al mismo; b) cómo lograra el mayor bienestar agregado posible, cuestión que remite al concepto de eficiencia; c) a modo de ejemplo, expondremos un tipo específico de análisis utilitarista de la distribución de los recursos de la salud, y d) los peligros que encierra una administración pública orientada exclusivamente con criterios de eficiencia.

3.2. La naturaleza económica del bien “salud” y su financiación

La teoría económica neoclásica distingue entre bienes privados, públicos y mixtos. Los bienes privados comportan un beneficio individual diferenciado por el cual las personas estarían dispuestas a pagar y los bienes públicos⁴¹ traen consigo altas

⁴⁰ “La amplia deliberación pública planteada acá no es necesariamente un proceso democrático organizado, sin embargo podría incluir la deliberación subyacente a la regulación pública del sistema de salud”. Traducción libre del autor.

⁴¹ “Los bienes públicos se caracterizan porque tienen dos particularidades: la no rivalidad y la no exclusión. La no rivalidad significa que cada persona puede disfrutar del bien, sin importar el número de personas que tiene acceso al bien. La no exclusión quiere decir que todas las personas de la sociedad tienen derecho a

externalidades positivas o negativas, es decir, afectan o favorecen simultáneamente a muchas personas en algún sentido, por lo cual nadie estaría dispuesto a pagar por ellos (Hernández, 2002, p. 996). Por lo tanto, los bienes privados pueden ser valorados fácilmente a través del sistema de precios, mientras que en los bienes públicos no operan los precios porque las personas no tienen la posibilidad de expresar sus preferencias (González, 2001, p. 1).

Según Jorge Iván González (2001, p. 1), las dos tesis extremas sobre la naturaleza económica del bien “salud” y la financiación del acceso al mismo sobre la naturaleza podrían ser denominadas *de no mercado* y *de mercado*; así para “la primera, de no mercado, la salud es un bien de naturaleza pública y se financia mediante un principio amplio de equidad”. Desde la perspectiva del mercado, el bien es privado y se financia a través de la tarifa, o el pago directo, que se determina de acuerdo con el valor de prestación.

Para González (2001, p. 2), las ya clásica tesis de Kenneth Arrow son ejemplos del primer grupo de teorías. Según Arrow, los servicios médicos son un bien tan especial que no pueden ser estudiados a través de los principios clásicos de la oferta y la demanda, es decir, los criterios del mercado son insuficientes. Cuando la salud es considerada un bien público la intervención del Estado en la regulación, provisión y financiación de los servicios de salud es fundamental. Por su parte, para las teorías del mercado, representadas en los trabajos de Becker, Buchanan y Tullock, cualquier bien, no importa su naturaleza, puede ser sometido a un balance costo-beneficio. De lo que se trata entonces es de extender las condiciones de posibilidad de funcionamiento del mercado a todo tipo de bienes. No debe perderse de vista que esta clasificación de las teorías no es taxativa, pues entre dichos extremos existe una zona gris con posturas intermedias.

Los sistemas de salud en el mundo no se han quedado amarrados a la tarifa porque se reconoce que esta no es suficiente para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. Han optado por la financiación a través del aseguramiento (González, 2001, p. 1).

El SGSSS de la Ley 100 de 1993 aunque busca que el sistema de precios funcione de alguna manera y las personas expresen sus preferencias, no propende por un modelo de mercado puro. En relación con lo primero, tenemos a

acceder al bien” (González, 2001, p.1). El bien privado puro se caracteriza por contraste con los bienes públicos, en ellos hay rivalidad y exclusión. En medio de los bienes públicos puros y los bienes privados puros nos encontramos con una amplia gama de bienes más o menos públicos y bienes más o menos privados (bienes mixtos).

modo de ejemplo que, teóricamente, los usuarios pueden escoger entre varias EPS, éstas a su vez pueden escoger entre varias IPS; y en relación con lo segundo, tenemos que el sistema está altamente regulado por el Estado y hay un fuerte componente de solidaridad, que lleva a caracterizarlo como un sistema de corte «beveridgeano» (González, 2001, p. 3).

3.3. La eficiencia en el discurso de los economistas: el caso de la economía de bienestar

Quizá uno de los conceptos más recurrentes en el discurso de los economistas colombianos críticos de las intervenciones de la Corte Constitucional que implican algún tipo de gasto público, y con el cual estamos menos familiarizados los abogados, es el concepto de *eficiencia*. Para aproximarnos a su comprensión, proponemos revisar en primer lugar el papel de la “economía de bienestar” en la teoría económica, para luego establecer diversas concepciones de la eficiencia y precisar cuál de todas ellas resulta relevante para el análisis de la problemática de la definición de los servicios básicos de salud.

3.3.1. El papel de la “economía de bienestar” en la teoría económica

La economía de bienestar puede ser definida como “la rama de la teoría económica que se ocupa de cuestiones normativas, esto es, de la elaboración de criterios que debían servir de guía para la toma de decisiones colectivas, puesto que determinarían qué instituciones y políticas públicas son deseables” (Bayón, 2002, p.243).

La primera economía normativa era una “ética utilitarista aplicada” (Bayón, 2002, p. 244) que entendía la maximización del bienestar o utilidad como criterio exclusivo de evaluación de un estado social. Este enfoque concebía la utilidad –en sentido subjetivo- como “satisfacción de las preferencias” (Bayón, 2002, p. 245), la cual admitía una medición cardinal y comparaciones interpersonales.

En la segunda etapa de la disciplina en cuestión se rechazó la posibilidad de una comparación interpersonal de utilidades, además de una medición cardinal de éstas -la cual se reemplazó por una ordinal-. Se desarrolló el concepto de “óptimo paretiano”, según el cual “una situación social es un óptimo de Pareto si a partir de ella no es posible cambio alguno que satisfaga la doble condición de que al menos un individuo salga ganando con él y ninguno salga perdiendo” (Bayón, 2002, p.

247). Consecuentemente, la noción de eficiencia se entendió a partir del concepto señalado: un estado social es eficiente si y sólo si es un óptimo de Pareto.

Ésta tendencia de la economía de bienestar llegó a postular –basándose en el segundo teorema de la teoría económica clásica– que “bajo condiciones competitivas, podría conseguirse que la sociedad se encaminase hacia un óptimo paretiano determinado modificando primero la distribución de partida (mediante un sistema impositivo y de transferencias de renta) y dejando después que el mercado operase” (Bayón, 2002, p. 249).

De este punto se deriva la idea de la separación tajante entre la economía y la filosofía moral y política; pues, la tarea de estas últimas era determinar cuál era el óptimo al que la sociedad debía llegar (a partir de juicios de equidad), para dejar a la economía el trabajo de llegar efectivamente a la meta (a través de criterios de eficiencia).

Ésta concepción del papel de la economía de bienestar limitó tanto su ámbito de aplicación que prácticamente la vaciaba de contenido. Fue así como surgieron dos propuestas para salir del callejón sin salida: el “enfoque compensacionista” o de Kaldor-Hicks, y el diseño de “funciones de bienestar social” (Bayón, 2002, p. 250-251). Pero ambas, en último término, encerraban juicios de valor que cuestionarían el carácter neutral de la disciplina.

Otra alternativa propuesta para superar los obstáculos que se presentaban, era la que propugnaba por construir una regla de elección colectiva para que fuera la sociedad quien decidiera sobre las formas de distribución; dejando a la economía normativa el establecimiento de requisitos de los mecanismos de elección para que ésta fuera racional. No obstante, Arrow demostró la inaplicabilidad de dicha propuesta por la posibilidad de irracionalidad inherente a cualquier mecanismo de decisión colectiva.

La última estrategia para intentar mantener el postulado de neutralidad fue el enfoque de Foley y Varian; según el cual, “...un estado social es deseable cuando satisface el doble requisito de ser óptimo paretiano y “libre de envidia” ⁴². Para

⁴² Consideremos el problema de dividir una cantidad fija de bienes entre un número fijo de agentes. Si dada una asignación, el agente i prefiere la canasta de bienes del agente j a la suya, decimos que i *envidia* a j . Si en la asignación x no hay ningún agente envidioso, decimos que x es *equitativa*. Si x es una asignación Pareto eficiente y equitativa, entonces decimos que x es *imparcial*” (Varian, citado por Gonzáles, nota 8, p. 3-4).

estos teóricos la equidad⁴³ se entendía como “ausencia de envidia”. Sin embargo, dicha alternativa no solucionaba los problemas que se venían presentando en las ideas básicas de la economía normativa, lo que resultó, en último término, en un replanteamiento general de los postulados fundamentales de esta disciplina.

Los postulados básicos que fueron replanteados fueron el “bienestarismo” –idea de que el único criterio relevante para la evaluación de una situación social es el bienestar de los individuos- y la concepción subjetiva del bienestar. En primer lugar, según el pensamiento de Amartya Sen “el ideal de los derechos no encaja con facilidad en el bienestarismo: desde la perspectiva bienestarista sólo cuenta la satisfacción de preferencias, mientras que la importancia de los derechos reside precisamente en trazar límites al valor que puede reconocerse a la satisfacción de ciertas preferencias o a los caminos admisibles para satisfacerlas” (Bayón, 2002, p. 256). De esto se deduce que el bienestarismo no es moralmente neutral y que puede entrar en conflicto con el ideal de libertad y los derechos. En segundo lugar, la concepción subjetiva del bienestar tampoco es valorativamente neutral debido a que al optar por no diferenciar entre las preferencias de los individuos se está circunscribiendo un juicio moral determinado.

La teoría de Rawls también cuestionó fuertemente a la concepción tradicional de la economía normativa. “En una posición como la de Rawls no sólo las libertades básicas y la igualdad de oportunidades ocupan una posición lexicográficamente superior a cualquier consideración relativa al bienestar (lo que supone el rechazo del bienestarismo), sino que, satisfecho este requisito previo, el criterio para evaluar la posición de un individuo en un estado social determinado a los efectos de una teoría de la justicia no es su bienestar en el sentido en que lo entiende la concepción forma o subjetiva, sino una métrica objetiva: un acceso a un conjunto de bienes primarios.” (Bayón, 2002, p. 258). En conclusión, hoy se entiende que la economía de bienestar no es más que ética aplicada.

Este acercamiento entre la economía normativa y las teorías de la justicia es de doble vía. Camina no sólo por la introducción y reconocimiento de la existencia de juicios valorativos en el ámbito de la economía de bienestar, sino que también va en sentido opuesto, es decir, una mayor apertura de los juicios morales a las consideraciones de eficiencia. Al respecto, resultan paradigmáticas las palabras de Günther Patzig, citado por Rodolfo Arango (2005, p. 288, nota 181):

⁴³ Según Jorge Iván González (2001, p.3), entre los miembros de la disciplina económica predomina un enfoque estrecho de la equidad, como el enfoque defendido por Hal Varian, cuyos textos de microeconomía se estudiaron en la mayor parte de las facultades de economía del mundo durante la década de los noventa los textos, y Colombia no fue la excepción.

“cualquier teoría aceptable del juicio moral debe tener en cuenta tres dimensiones de discusión no reducibles entre sí: primero, el punto de vista de los *universalizable*, que consiste en que nadie puede exigir un trato preferente para sus intereses, simplemente por el hecho de que son sus intereses; en segundo lugar, el punto de vista de la *reducción de intereses*, que distingue entre los intereses individuales subjetivos y los objetivos, y determina la fuerza de los intereses dignos de consideración según la urgencia de las necesidades objetivas subyacentes; y, finalmente, la pregunta cardinal de en qué medida tales intereses objetivos deben ser realizados por los individuos cuando hay escasez de recursos. Para esta última pregunta los criterios del utilitarismo, relativos a la máxima satisfacción de todos los intereses objetivos individuales, son la base más confiable, teniendo en cuenta que no sólo nuestros intereses sino también los intereses de quienes no son miembro de nuestra propia sociedad, así como de las generaciones futuras, deben ser adecuadamente considerados” (texto original sin subrayas).

3.3.2. Las diferentes concepciones de la eficiencia

Los distintos conceptos de eficiencia son la combinación de un principio abstracto de racionalidad práctica y puntos de vista concretos acerca de qué es intrínseca o instrumentalmente valioso.

El principio abstracto, que desde un punto de vista moral acepte un conjunto irreducible de elementos valiosos, afirma que si se puede alcanzar más de uno de dichos elementos sin alcanzar menos de otro, entonces será irracional no hacerlo.

En los conceptos concretos de eficiencia se manejan dos: la *eficiencia estática o asignativa* – se alcanza cuando no es posible una reasignación de recursos que aumente el bienestar de un individuo- y la *eficiencia dinámica o productiva* –se alcanza cuando no es posible una reasignación de recursos que permita producir más de uno sin producir menos de otro-.

De estos dos conceptos es la eficiencia en la asignación la que está llamada a entrar en conflicto con el derecho a la salud, porque la eficiencia, así entendida, ordena que se busque un resultado agregado en salud óptimo (Castaño, 2006, p. 22).

3.4. Un análisis utilitarista de la salud: El criterio de los Años de Vida Ajustados por Calidad – AVACS

David Lyons sostiene que el utilitarismo es aquella teoría en la que la única base sólida para la evaluación normativa (o moral) es el bienestar general (Lamprea, 2006, p. 81). Según la interpretación que Ronald Dworkin hace del utilitarismo, para este tipo de teorías el criterio de justificación de una decisión política consiste en la satisfacción de tantas preferencias y objetivos individuales como sea posible (Lamprea, 2006, p. 81).

Según Amartya Sen (2002, p. 13) describe el pensamiento utilitarista en los siguientes términos: “el cálculo utilitario consiste en tres distintos componentes: *consecuencialismo*, *welfarismo* y *suma-grado*.”

- *Consecuencialismo*. Todas las opciones, incluyendo la selección de acciones, prácticas, instituciones y demás, deben ser guiadas exclusivamente por la bondad del estado de cosas consecuente.
- *Welfarismo*. La bondad del estado de cosas debe ser juzgada exclusivamente por las utilidades individuales en los respectivos estados.
- *Suma-grado*. Las utilidades individuales en cualquier estado de cosas deben ser simplemente valoradas según la suma de todas en conjunto (esto es, mediante adición aritmética)."

Aquí nos interesa mostrar, a través del criterio de los Años de Vida Ajustados por Calidad (AVAC), la tensión básica entre el utilitarismo y la concepción de los derechos como cartas de triunfo del individuo contra las mayorías. Como bien lo anota Andrew Halpin (2005, p. 21), “el punto en el cual los derechos y el utilitarismo se han enfrentados ha sido, precisamente, si el trata dado a un individuo puede llegar hasta el extremo de sacrificarlo a favor del mayor bienestar de los demás”.

Un ejemplo del modo de razonar de los economistas de corte utilitarista lo constituye el criterio de los Años de Vida Ajustados por Calidad (AVAC). Con este criterio se mide la eficiencia de los distintos cursos de acción terapéutica y por ende se decide a quién beneficiar y por lo tanto a quién sacrificar. El criterio intenta combinar dos tipos de factores: a) el objetivo de procurar retrasar el fin de la existencia tanto como sea posible; y b) la calidad de vida que el enfermo

obtendrá una vez aplicado el tratamiento. Así, los AVACs resultan de multiplicar el nivel de salud alcanzado con el tratamiento administrado por el número de años que proporciona (De Lora, 2004, p. 887).

Al menos tres tipos de críticas les caben a este tipo de criterios. En primer lugar, los AVACs discriminan en contra de aquellos que no alcanzarán un muy buen estado de salud, o cuya capacidad de recuperación no es muy grande, o que sufren una peor condición antes de empezar el tratamiento (las personas con discapacidad paradigmáticamente) o que no cuentan con un ciclo vital largo por delante”. En segundo lugar, no conceden importancia al principio de separabilidad de las personas, es decir, se trata de un parámetro abstraído de los seres concretos, pues desde su perspectiva “*el valor de un beneficio depende del tamaño más que de quién lo recibe*”. Finalmente, puede afirmarse que los AVACs constituyen un criterio ciego a la *necesidad* del tratamiento sanitario⁴⁴, y en ese sentido no persiguen procurar que los peor situados en la sociedad, aquellos que... parten con una condición más desfavorable por causas ajenas a su voluntad, se vean prioritariamente atendidos” (De Lora, 2004, p. 888-889).

3.5. La crítica al predominio de la racionalidad económica como criterio de orientación de la actividad de la administración pública

La permanencia de los “criterios de mercados” como orientadores de la acción de la administración pública está garantizada gracias a la hegemonía ideológica de la moderna economía y el poder irreductible de los mercados financieros internacionales (Evans, 2003 p. 12). Pero esta hegemonía del discurso económico, representa serios peligros. Como lo advierte Peter Evans, “bajo la idea de «las señales del mercado» se da juego a preferencias que reflejan, en realidad, el interés personal de los actores más poderosos del mercado, y ello a expensas de los intereses del resto de los ciudadanos que tienen mayores dificultades para traducir sus preferencias en «señales de mercado» (2003, p. 7-8)⁴⁵.

Nadie duda hoy de la importancia de introducir elementos de la racionalidad económica como criterio de evaluación de las políticas públicas. La introducción

⁴⁴ Poco importa este hecho a los defensores de este tipo de racionalidad económica, pues responde a esta crítica en los siguientes términos: “... si los recursos sanitarios son distribuidos a aquellos con mayor necesidad (esto es, aquellos con los más bajos niveles de AVACs) sin ninguna consideración por las potenciales ganancias en AVACS, los limitados recursos sanitarios se tirarían a la basura sin ningún efecto perceptible” (John McKie, Jeff Richardson, Meter Singer y Helga Kuhse, citados por Pablo de Lora, 2004, p.889).

⁴⁵ Al analizar los intereses argumentos del gremio que representa a las EPS privadas, veremos como en la realidad se han concretado los peligros que se esconden detrás de la racionalidad económica.

del análisis costo-beneficio como criterio de orientación de la actividad de la administración pública facilita “una asignación eficiente de los recursos y proporciona una «disciplina fiscal» para asegurar que las metas guarden su consistencia en relación con la disponibilidad de recursos” (Evans, 2003, p. 2). La crítica se dirige contra la racionalidad como criterio único e insustituible.

Capítulo III

EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SALUD

Como ya hemos visto, en Colombia a los servicios de salud se accede por dos vías: a través del Estado y del mercado. Una vez accedemos a ellos por vía del mercado, por medio de un contrato con una entidad prestadora de servicios de salud, los tratamientos y medicamentos que estas se encuentran obligados a proporcionar son los establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el conocido POS (Plan Obligatorio de Salud), fundamentalmente con base en criterios técnicos-económicos.

Ahora bien, en el POS no se encuentran muchos medicamentos y tratamientos por costosos, pero que resultan necesarios a efectos de garantizar el derecho a la salud y la vida. Este era el caso, por ejemplo, del examen de carga viral para los pacientes de VIH. Así las cosas, para una persona que no tiene los recursos económicos para acceder a tales medicamentos y tratamientos resulta legítimo preguntarse ante quién debe acudir el ciudadano para reclamar sus derechos, y a renglón seguido, indagar por la legitimidad de los jueces para controlar las omisiones y fallas de las políticas decididas e implementadas por el Congreso y el Gobierno. ¿Es legítimo que la Corte intervenga ordenando la prestación del tratamiento-medicamento no incluido en el POS? Esta es la cuestión que orientará el desarrollo de este capítulo y de las conclusiones finales, luego de la comparación con la intervención del CNSSS.

Finalmente, antes de entrar a desarrollar la problemática propuesta, resulta pertinente precisar que como la investigación indaga por la legitimidad y las consecuencias institucionales de las intervenciones de la Corte Constitucional, no se busca aquí ganar claridad conceptual en relación con la naturaleza y alcance

del derecho de la salud a través de la construcción de una línea jurisprudencial⁴⁶. En este capítulo sólo doy cuenta de algunas sentencias que tienen como objeto principal de discusión la extensión de los servicios de salud incluidos en el POS.

6. El contexto institucional de intervención de la Corte Constitucional: ¿Cuándo y cómo interviene la Corte Constitucional en la definición de los planes básicos de servicios de salud?

Los derechos sociales carecen en la Constitución de 1991 de un conjunto de garantías original o propio. El constituyente de 1991 creó la acción de tutela para la defensa de los derechos fundamentales⁴⁷, la gran mayoría de ellos derechos civiles y libertades; y la acciones populares para los derechos e intereses colectivos. En relación con los derechos de carácter prestacional no previó un mecanismo de defensa judicial ajustado a la naturaleza y características de este tipo de derechos.

Se pensó, inicialmente, que tal mecanismo era la acción de cumplimiento, pero ello no es así, en tanto dicha acción no permite controlar la inactividad del Congreso, sino tan sólo la de la Administración Pública y, además, ella no procede para exigir el cumplimiento de leyes que implican gasto, por lo cual no tienen eficacia alguna frente a este tipo de derechos en tanto su protección va acompañada en la mayoría de los casos de órdenes de gastos.

De tal suerte que, la protección judicial de derechos prestacionales se sometió por los causes de la acción y el proceso de tutela, con toda las restricciones que éste presenta frente a las características propias de tales derechos. Así las cosas, que un derecho social prestacional sea protegido, como lo es el derecho a la salud, depende de justificar su carácter de *fundamental per se*⁴⁸, como es el caso del derecho a la salud de los niños, tal y como fue planteado en la sentencia SU-225 de 1998, o argumentar su relación de conexidad en el caso concreto con otro

⁴⁶ Para el concepto de línea jurisprudencial, ver Diego López, *El derecho de los jueces*, Legis-Uniandes, Bogotá, 2006.

⁴⁷ La protección de los derechos fundamentales viene reforzada, entre otros mecanismos, por la reserva de ley estatutaria, lo cual supone que las restricciones a estos derechos no queden a disposición de las mayorías simples de las cámaras legislativas.

⁴⁸ Con la expresión “*per se*” quiere subrayarse que el status de fundamental del derecho no pende de consideración alguna de sus relaciones con otros derechos estos sí fundamentales, sino que es fundamental en sí mismo considerado.

derecho fundamental. Para el caso que nos interesa se trata entonces de la relación de conexidad⁴⁹ entre el derecho a la salud y el derecho a la vida digna.

En la Corte Constitucional, la protección judicial del derecho a la salud a transcurrido por ambas vías argumentativas, pero resulta de mayor relevancia la segunda en tanto que ella no mira a la condición especial del sujeto afectado, como sí ocurre en el caso de los niños y de la mujer embarazada, casos en los cuales la condición del sujeto pesa como argumento en la justificación de la fundamentalidad del derecho prestacional.

La intervención de la Corte Constitucional en materia de la política pública de salud tiene su origen básicamente en dos de los diferentes tipos de procesos constitucionales que dicho tribunal adelanta: procesos de revisión de fallos tutela y procesos de constitucionalidad abstracta de leyes.

1.1. La revisión de sentencia de tutela

Mediante la acción de tutela, que puede ser presentada ante cualquier juez, se busca la protección judicial subjetiva de los derechos fundamentales. Una vez se han agotado las dos instancias previstas para el trámite de la acción de tutela, todo fallo de tutela producido debe ser enviado a la Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991).

La revisión de los fallos seleccionados consiste en la emisión de un nuevo fallo sobre el caso, decisión que será adoptada en Salas de Revisión integradas por tres magistrados. Debe subrayarse, que la acción de tutela es un mecanismo de protección exclusiva de aquellos derechos constitucionales que pertenezcan a la categoría de fundamentales. De ahí que la intervención de la Corte mediante esta vía está condicionada a la discusión acerca del carácter fundamental del derecho social respectivo.

Los efectos de las decisiones adoptadas en sede de tutela son “en principio” particulares, es decir, el fallo se extienden exclusivamente a las partes. Así, quien se encuentra en una situación de vulneración de un derecho fundamental similar a la ya decida, para obtener idéntica o similar protección, debe iniciar un proceso con todas los riesgos que ello implica, los cuales podrían conducir a una decisión

⁴⁹ La existencia de tal relación de conexidad no depende de un juicio abstracto, sino de un juicio concreto, es decir, que ella depende de las circunstancias fácticas del caso.

diferente por parte del juez de tutela, generándose así un trato discriminatorio injustificado.

Mediante la vía de la revisión de sentencia de tutela la Corte Constitucional ha sometido a examen de constitucionalidad los actos de regulación emitidos por las autoridades públicas competentes. La Corte se ha valido de la figura de la inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales⁵⁰ cuando la conducta que lesiona el derecho fundamental viene prescrita por un decreto reglamentario de la administración o un acto administrativo emanado de las agencias reguladoras⁵¹.

1.2. El control abstracto de constitucionalidad de las leyes

La revisión abstracta de la constitucionalidad de las leyes puede tener origen en diferentes vías. Puede originarse a partir del control automático o de oficio de ciertas leyes, como es el caso, por ejemplo, de las leyes estatutarias y de las aprobatorias de tratados internacionales. También puede producirse a partir de la figura de la objeción presidencial de las leyes por inconstitucionales; como también, y este es el caso más común, puede tener origen en la acción pública de inconstitucionalidad. Que es la vía que aquí interesa.

Las decisiones adoptadas en virtud del control abstracto de normas tienen efectos generales. Efectos que la corte a través de la figura del precedente constitucional ha vendido extendiendo a lo que se conoce como *ratio decidendi*, es decir, aquellos argumentos que guardan una relación directa con el fallo, de tal forma que sin los mismos el fallo no se sostendría.

Mediante esta acción, las decisiones legislativas que establecen el marco normativo general del sistema de salud son sometidas a revisión constitucional.

La existencia de estas dos vías de intervención de la Corte, el control abstracto de normas y la revisión de fallos de tutela, se traduce en cierta ambigüedad del rol de la Corte en materia del derecho a la salud y a la seguridad social en salud. Por un lado, en sentencias como la C-408/1994 y la C-1489/00 (control abstracto de

⁵⁰ Esta figura se caracteriza porque la norma inaplicada no es expulsada del ordenamiento jurídico, el efecto de la decisión al respecto se limita a su inaplicación en el caso concreto. Esta figura ha encontrado fundamento jurídico en el Art. 4 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

⁵¹ Han sido inaplicadas por ejemplo el Art. 13 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud,

normas), la Corte ha señalado la amplia libertad del legislador para diseñar el SGSSS y, por tanto, ha declarado constitucional los mecanismos básicos previstos en la Ley 100 de 1993⁵². Por otro lado, la Corte ha tomado numerosas decisiones para hacer avanzar la protección del derecho a la salud, al considerar que, aunque no estén previstos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), las personas tienen derecho a aquellos tratamientos y medicamentos que son indispensables para proteger su derecho a la vida digna (todas ellas en revisión de sentencias de tutela).

Frente a la problemática que es objeto de análisis en este trabajo resulta de especial importancia los fallos de tutela y en menor medida los de constitucionalidad abstracta, pues es en los primeros donde se encuentran las órdenes de prestaciones que generan gastos no previstos ni presupuestados, que supuestamente distorsionan la eficiencia de las políticas públicas diseñadas con base en criterios generales y no particulares, que son precisamente los atendidos por los jueces.

1.3. Los términos del problema de política pública analizado en la jurisprudencia constitucional.

Ante el juez de tutela el problema de la definición de los servicios básicos de salud aparece en los siguientes términos: “¿Tiene una persona, en precaria situación económica, derecho a que la entidad encargada de prestarle el servicio de salud le brinde un servicio médico que requiere y fue ordenado por el médico tratante, cuando dicho servicio no está contemplado dentro de las normas reglamentarias o está excluido expresamente por ellas?” (Arrieta, 2003, p.1759).

7. Las respuestas de la jurisprudencia constitucional al problema de política pública analizado y sus argumentos.

2.1. Las respuestas de la Corte Constitucional

La evolución de la respuesta de la Corte a la problemática de la definición de los servicios básicos de salud es dividida por Aquiles Arrieta en cuatro etapas (2003a, p. 1759).

⁵² Así, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha dicho que la Ley 100 de 1993 es una de las posibles regulaciones en salud, pero que podría haber otras, como un modelo de oferta exclusivamente pública en salud o uno privado.

En la primera etapa, que corresponde a los primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992 y 1993)⁵³, se sientan las bases para responder el problema. Así, en esta etapa se establece la tesis del carácter fundamental del derecho a la salud por conexidad⁵⁴ y se reconoce la correlativa obligación en cabeza del Estado de garantizar el acceso a los servicios de salud, cuando de ello depende la vida e integridad de una persona en situación de precariedad económica (Arrieta, 2003a, p. 1795-1762).

La segunda etapa comienza con la promulgación de la Ley 100 de 1993, la cual se constituyó en el marco de referencia desde el cual debía afrontarse la problemática aquí tratada. Aquí, aún no se presenta un gran desarrollo en relación con el problema estudiado, pues el nuevo sistema de seguridad social en salud se encontraba en su etapa de implementación (Arrieta, 2003a, p. 1764). Además, la Ley 100 no dijo expresamente nada sobre el problema.

En este periodo se destaca la sentencia SU-43 de 1995, decisión mediante la cual reitera que cuando una persona en situación económica precaria requiere un servicio médico que no está contemplado por el POS y no puede costearse, tiene derecho a que el Estado, por intermedio de la entidad responsable de prestarle el servicio, le garantice el acceso a éste. Es en esta etapa cuando la Corte establece la regla general, siguiendo lo establecido por el Decreto 1895 de 1994⁵⁵, según la cual para el régimen contributivo la protección del Estado se concreta en que la EPS presta el servicio y luego ésta repite contra el Estado, y para el régimen subsidiado dicha protección se restringe al deber de las ARS de informar y acompañar al usuario en la reclamación del servicio ante las entidades públicas responsables.

La cuarta etapa de la jurisprudencia constitucional en relación con los servicios de salud no incluidos en el POS se caracteriza por: a) el aumento vertiginoso del número de acciones de tutelas interpuestas en materia de salud; b) reiteración de la respuesta que se consolidó en la etapa anterior, a través de la formulación de una regla operativa que indica los elementos y requisitos para otorgar un servicio no incluido en el POS; se trata de sentencias cortas que presentan el caso como

⁵³ A esta etapa pertenecen las sentencias T-484/92 y T-499/92.

⁵⁴ En esta etapa no se precisó con cuál o cuáles derechos fundamentales podía construirse la relación de conexidad (Arrieta, 2003a, p. 1760).

⁵⁵ Según este decreto, dentro del régimen subsidiado los servicios médicos de mayor complejidad no son prestados por las ARS sino por el Estado a través de las instituciones con la que tenga contratos.

fácil cuya respuesta se da en términos formales a través de una aplicación subsuntiva de la regla construida por la Corte⁵⁶.

2.1.1. Casos de servicios médicos excluidos del POS

Cuando se trata de servicios médicos excluidos del POS, las respuestas varían atendiendo al tipo de vínculo que tiene el demandante con el sistema de seguridad social, es decir, si el demandante pertenece al régimen contributivo o al subsidiado o simplemente goza de la calidad de vinculado.

En el caso de las personas que pertenecen al régimen contributivo, el juez de tutela ordena a la EPS que preste el servicio solicitado y autoriza a dichas entidades a repetir contra la cuenta pertinente del FOSYGA. Frente a estos eventos, la Corte ha establecido en reiterada jurisprudencia que: si una persona ya hace parte del sistema de seguridad social contributivo y se encuentra vinculada a una EPS, y requiere de una prestación médica o de un medicamento, que son necesarios para llevar una vida digna, entonces puede obtener esos servicios por medio de la tutela, incluso si tales prestaciones se encuentran excluidas del plan obligatorio de salud (POS), siempre y cuando (i) un médico de la EPS respectiva haya ordenado el tratamiento, (ii) no exista un tratamiento equivalente en el POS y (iii) la persona no cuente con los recursos para pagar directamente el servicio. En tales eventos, con el fin de no alterar el equilibrio contractual de las EPS, la Corte ha admitido que éstas pueden repetir contra la cuenta pertinente del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

Respuesta similar había dado la Corte para los casos de personas pertenecientes al régimen subsidiado, pero la Ley 715 de 2001 estableció que son las entidades territoriales las que deben asumir las cargas respecto a prestaciones no incluidas en el POS-S. Por lo tanto, las ARS sólo tienen el deber de orientar e informar al paciente registrado en el SISBEN. En la Sentencia T-752/2002 la Corte precisó el alcance de la obligación de las ARS, de tal suerte que en estos casos cuando una ARS no está obligada a suministrar un servicio médico que no está incluido en el POS-S, las ARS tienen un deber de acompañamiento respecto a qué debe hacer la persona para obtener el servicio requerido.

⁵⁶ Según Aquiles Arrieta (2003b, p. 181), este tipo de formalización de las reglas creadas por la jurisprudencia, que hace aparecer casos difíciles como si se tratara de casos fáciles, expresan “un acuerdo valorativo implícito que prefiere presentar el asunto como si fuese un «cálculo» y no abrir el debate a cuestiones de fondo”.

Finalmente, en el caso de los “vinculados”⁵⁷, la Corte ha protegido sólo a ciertos grupos especiales de la población, como es el caso de las personas portadoras de VIH, los discapacitados y los mayores adultos. En estos casos, la Corte ha ordenado que sean vinculados inmediatamente al régimen subsidiado. Pero, cuando no se trata de sujetos especialmente protegidos, la Corte ha sostenido que “una persona que requiera indispensablemente atención médica y el acceso a ella esté garantizado por una entidad territorial, tiene el derecho a: (i) recibir de ésta información sobre el servicio de salud, los beneficios con que cuenta y lo que debe hacer para recibir la atención que requiera; (ii) a que ésta le indique específicamente la institución encargada de prestarle el servicio y (iii) a que le acompañe en el proceso que culmine con la atención, de tal forma que se le garantice el goce efectivo de sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y a acceder a los servicios de salud”⁵⁸. En este último caso, las personas se encuentran libradas a la suerte de encontrar el servicio que necesitan en la red pública de hospitales y centros de salud que aún subsisten bajo el esquema de subsidios a la oferta.

2.1.2. Casos de servicios médicos incluidos en el POS pero negados por la EPS

En este grupo de casos el servicio médico que el ciudadano exige mediante la acción de tutela sí está incluido en los planes de beneficios, pero el administrador de los planes (EPS y ARS) lo niega, circunstancia que puede presentarse por dos razones: porque no tiene la oferta suficiente y se ve obligado a poner a sus afiliados en lista de espera, o bien porque considera que no está incluido en el plan de beneficios. En este último caso de lo que se trata entonces es de una disputa interpretativa sobre la inclusión del servicio o sobre su necesidad, la cual surge como consecuencia de crear una lista positiva con límites preciso. Para que este tipo de disputas interpretativas no se presenten “sería necesario no sólo establecer qué intervenciones están incluidas sino también establecer para qué casos específicos se incluyen”, cuestión difícil de realizar en la práctica (Castaño, 2006, p. 20-21).

⁵⁷ El nombre de “vinculados” resulta bastante paradójico, por decir lo menos, pues resulta que esta calidad pertenecen las personas que no están vinculadas a ningún régimen de salud. Los “vinculados” no constituyen un tercer régimen de acceso al sistema. Tan sólo constituyen “sujetos protegidos” temporalmente (Parra, 2003, p. 182)

⁵⁸ Sentencia T-053/2002. En este caso la decisión adoptada por la Corte consistió en “Ordenar a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia que en el término de cuarenta y ocho (48) horas les brinde a Jesús Antonio Gómez Agudelo, a Tiberio César Córdoba Madrigal y a Luis Ángel Londoño Corrales la *información* que requieren para saber cómo funciona el sistema de salud y cuáles son sus derechos y les *indique* específicamente cuál es la institución prestadora de servicios de salud que tiene la obligación de atenderlos; la Dirección Seccional también deberá *acompañarlos* durante dicho proceso, con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos”.

Desde una perspectiva exclusivamente jurídica, en este tipo de casos la acción de tutela deviene en una simple acción contractual. En estos casos, la Corte se limita a hacer cumplir lo establecido por el CNSSS en el POS y no puede ser acusada de estar usurpando competencia de instancia democrática alguna. Aún así, ¿podrían los economistas oponerse a este tipo de intervenciones de los jueces constitucionales? Aquí, las críticas aparecen no desde la perspectiva de algún tipo de desajuste de las finanzas públicas, pues al estar el medicamento en el POS, las EPS no pueden reclamar lo gastado frente al Estado, específicamente contra el FOSYGA. De tal suerte que, aquí las voces que se levantan contra la Corte provienen del sector privado, específicamente de las EPS, en tanto ven reducir sus márgenes de utilidad.

2.2. Los argumentos de la Corte Constitucional

En el primer grupo de casos (servicios médico excluidos del POS), la Corte ha basado su estrategia argumentativa en la tesis según la cual el derecho a la salud, si bien no es fundamental, adquiere ese carácter por conexidad, y por ello es tutelable, cuando la falta de prestación de un servicio de salud puede afectar un derecho fundamental del peticionario, y en especial su derecho a la vida digna. Actualmente la jurisprudencia constitucional es consistente en establecer que la salud es un derecho que puede ser conexo a la vida, la integridad física o a la vida en condiciones dignas.

En el segundo grupo de casos (medicamento incluidos en el POS, pero negados por la EPS), la Corte Constitucional ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud (derecho fundamental autónomo), razón por la cual no requiere la conexidad con otro derecho fundamental. Al respecto, sostuvo la Corte que:

“(P)uede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc. (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento

o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”⁵⁹

En ambos tipos de casos, la Corte ha realizado una defensa vigorosa de la cláusula de inmunidad de los derechos fundamentales. Según esta tesis, los derechos fundamentales son derechos subjetivos que la Constitución reconoce, por su enorme importancia para amparar la dignidad de las personas y para proteger incluso el propio procedimiento democrático. La Corte ha concluido entonces que la realización de esos derechos no puede estar sujeta a una negociación política ni su satisfacción puede depender de la disponibilidad de recursos. Por ello, según la Corte, la tarea del juez constitucional debe ser amparar esos derechos sin tomar en consideración el eventual impacto económico de sus decisiones.

Según Arango (2004, p. 203), la protección judicial de los derechos sociales fundamentales a través de la tutela ha servido para “corregir el rumbo en la ejecución de las políticas públicas de forma que el individuo no acabe siendo sacrificado en la persecución de objetivos colectivos dentro de una lógica utilitarista”.

A lo anterior se suma un concepto amplio y fuerte del derecho a la vida. Tal y como lo ha entendido la Corte, este derecho no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.

8. Los críticos y las críticas del papel de la Corte en la definición de los planes básicos de servicios de salud

3.1. La argumentación de la Corte y el “principio de rescate”

Según Luis Carlos Sotelo, la argumentación de la Corte en materia de salud se fundamenta en el “principio de rescate”, según el cual “la vida humana es sagrada

⁵⁹ Sentencia T-859/03

y el Estado y la sociedad no pueden escatimar ningún esfuerzo ni ningún recurso para salvarla, y tampoco pueden ahorrarse nada siempre que aún se pueda mantener un mínimo de esperanza sobre la vida del paciente” (Sotelo, 2000, p. 40). Sotelo se vale de algunos planteamientos del filósofo norteamericano Ronald Dworkin para establecer los fundamentos de su crítica a las bases morales de la argumentación de la Corte en materia de salud. Según Sotelo, siguiendo a Dworkin, la posición que él atribuye a la Corte no responde satisfactoriamente dos cuestiones básicas de justicia distributiva, que son: a) “¿A cuánto asciende el monto agregado que una sociedad debe invertir en salud?”, y b) “una vez establecido ese monto, ¿con qué criterios debe ser distribuido?” (Sotelo, 2000, p. 40).

Según la lectura que Sotelo hace del texto de Dworkin del año 1991 titulado *Justice in the Distribution of Health Care*, el razonamiento moral de la Corte corresponde a una «visión aislacionista», que supone que la salud es el mayor de los bienes y debe ser distribuida en forma igual para todos. A esta visión, Dworkin opone un modelo que él denomina «integracionista», según el cual la salud compite con otros bienes y debe ser distribuida en forma diferenciada, según las necesidades y las escogencias responsables de cada cual. En palabras de Sotelo, “para el modelo integracionista de Dworkin, la libertad de los individuos para emprender actividades que ponen en peligro su salud, y la decisión libre y responsable para contratar el paquete de salud que más les convenga, debe jugar algún papel para la organización del sistema en salud de una sociedad” (Sotelo, 2000, p. 40-41).

Siguiendo también a Dworkin, según Pablo de Lora al “principio de rescate” se le pudo rendir tributo (siquiera teórico) mientras la técnica y la ciencia médica no contaban con posibilidades reales de salvar a los seres humanos de sus afecciones, y, en particular, de anticiparlas. Cuando sí ha contado con tales posibilidades es cuando se ha evidenciado que no todos pueden ver satisfechas todas sus demandas (De Lora, 2004, p. 885).

El “principio de rescate”, afirma Pablo de Lora⁶⁰ estaría justificado cuando el sacrificio para salvar a otro fuera trivial, es decir, no supusiese un despliegue de recursos que impida a otros, o en general a la colectividad, el desarrollo de sus planes de vida. En estos casos podríamos predicar la existencia de un deber positivo de carácter general de auxiliar a los demás, y por tanto el correlativo derecho a la salud entendido como la pretensión de ser asistido para superar una condición lesiva para la salud. Pero como este no es el caso, agrega De Lora, “nos enfrentamos a una de esas decisiones «trágicas»... nos vemos forzados a elegir

⁶⁰ En este punto Pablo de Lora sigue las tesis del filósofo utilitarista Peter Singer.

cuánto de algo debe haber, dentro de lo que la escasez nos permite producir (y esta sería una elección trágica de primer orden), y *quién obtendrá* esos bienes (lo cual constituye una decisión de asignación de segundo orden). Nos vemos en definitiva obligados a sacrificar a algunos individuos” (2004, p. 886-887).

3.2. La tensión entre los servicios individuales y colectivos de salud

Esta crítica sostiene que el derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional se ha desarrollado en gran medida tan solo como un derecho asistencial al enfermo. Es decir, el derecho a la salud se vuelve fundamental a partir del momento en que se tiene un enfermo en una situación dramática. Esta perspectiva individual y casuista limita la reflexión jurídica; un plan general de prevención del sida, por ejemplo, puede ser más barato y efectivo que garantizarle a cada persona que se le costeará el tratamiento de una enfermedad catastrófica e incurable.

La crítica de Ramón Castaño parte de una especial interpretación de ciertos tratados internacionales en materia de derecho a la salud que han sido incorporados al ordenamiento jurídico colombiano con una especial posición en el sistema de fuentes del derecho, a través de la figura conceptual del bloque de constitucionalidad⁶¹. Según Castaño, estos tratados establecen claramente cierta prioridad sobre las acciones de tipo preventivo, de promoción, de atención primaria y de salud pública. Específicamente, considera que las intervenciones de alto costo y bajo impacto no tienen en el derecho internacional la prioridad que la jurisprudencia constitucional les ha otorgado.

Castaño distingue servicios de salud de corte curativo y de rehabilitación, de mediana y alta complejidad (CRMA) y servicios de promoción y prevención y atención curativa de nivel básico (PPB). Según él, hay un nivel óptimo de distribución de los escasos recursos destinados a la salud entre acciones tipo CRMA y acciones tipo PPB, dada cierta restricción presupuestal. El problema radica en que no hay unanimidad en torno cuál variable hipotética mide ese nivel

⁶¹ Los tratados internacionales analizados por Castaño son la declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador. También fue analizada la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, a pesar de no ser ni un tratado ni un acuerdo internacional. En todo caso se ha incorporado al bloque de constitucionalidad por vía del derecho internacional consuetudinario. Finalmente, en materia de normatividad internacional del derecho a la salud suele citarse la Observación General No. 14 del Comité de DESC de las Naciones Unidas del año 2000, la cual busca aclarar la interpretación del artículo 12 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

óptimo, puesto que el concepto de salud tiene significados muy diferentes para grupos diferentes de personas (2006, p. 14).

La protección del derecho a la salud en función del criterio médico de la necesidad del servicio de salud requerido, tal y como lo ha sostenido la Corte⁶², daría como resultado una distribución de los recursos que priorice las acciones de tipo CRMA contra las de tipo PPB, porque “el médico basa su proceso decisorio en una relación riesgo beneficio, que busca optimizar el resultado en salud para su paciente individual, sin importar las restricción presupuestal y los efectos para la disponibilidad de recursos para otros pacientes” (2006, p. 23).

Como la práctica de la protección judicial del derecho a la salud conduce a que el gasto se priorice hacia acciones de tipo CRMA⁶³, alguien estará pagando los costos de oportunidad de no hacer las intervenciones de tipo PPB. “El proceso de asignación de recursos en salud en Colombia está fuertemente condicionado por las preferencias individuales que se expresan por la reclamación del derecho a la salud en función de las necesidades de salud propias y no del nivel agregado de salud” (Castaño, 2006, p. 32).

Según Castaño, los jueces de tutela han respondido a esta crítica, afirmando que “no habiendo cómo garantizar que la negación de un servicio a un paciente se traduzca en servicios a otro paciente, prefieren proteger el interés individual del accionante” (2006, p. 29).

3.3. La insensibilidad financiera del Corte

La negativa a valorar y considerar argumentos económicos por parte de los funcionarios judiciales no es una consecuencia necesaria de cierta naturaleza de la función judicial. Tampoco puede ser explicada tal negativa a partir de la idea según la cual la práctica constitucional no es libre, es decir, que no todo argumento puede fundarse a partir de razones constitucionales, y entre los que sí, no todos se pueden fundar con la misma solidez. Según esta respuesta a la crítica de la insensibilidad frente a las consecuencias económicas de la jurisprudencia en salud aquí analizada, pueden existir algunos argumentos de

⁶² Para la Corte Constitucional el hecho de que el médico de la respectiva EPS haya ordenado una intervención o medicamento es criterio necesario y suficiente para reconocer que hay una necesidad a satisfacer.

⁶³ Ello es así porque para el individuo lo que cuenta es satisfacer al máximo sus necesidades en materia de atención médica y particularmente aquellas que le causarían una catástrofe financiera si las tuviera que pagar de su bolsillo.

carácter sociológico, antropológico o económico, como los esgrimidos por los algunos economistas críticos de la Corte, que pueden ser importantes, pero no pueden tener valor en el debate constitucional, o tener muy poco frente a otros argumentos jurídico-constitucionales. Esta idea tiene raíz en una concepción formalista del derecho que los presenta como un sistema cerrado e inconexo a otras dimensiones sociales (Arrieta, 2003a, p. 1781). Además, como veremos adelante la Corte no han encontrado obstáculo para darle peso a razones de carácter económico dentro del razonamiento constitucional.

Como bien lo anota Rodrigo Uprimny (2006, p. 169), la idea según la cual se debe hacer justicia aunque perezca el mundo no parece razonable en una sociedad democrática. En todo caso, el papel del derecho, en general, y de los derechos fundamentales, en particular, en una sociedad democrática sí establece límites al tipo de argumentos consecuencialistas que pueden ser esgrimidos por los jueces, máxime cuando son empleados para negar la protección de un derecho que se reclama en un caso concreto.

A partir de las críticas planteadas a la Corte en materia de salud, es posible distinguir dos tipos de consecuencias que no han sido valoradas por la Corte adecuadamente. Algunos argumentos consecuencialistas tienen un claro un claro contenido económico, específicamente señalan el impacto financiero de las decisiones en términos de equilibrios fiscales o las consecuencias sobre la eficiencia en la asignación de recursos.

Otros argumentos, también consecuencialistas en tanto se basan en los efectos negativos de una decisión judicial, tienen un claro contenido *pro derechos* puesto que señalan las consecuencias negativas sobre los derechos individuales de otras personas. En general, el tipo de argumentos consecuencialista, que aquí llamo *pro derechos* o favorable a los derechos por comparación a los simplemente económicos⁶⁴, tiene fundamento extendido en la idea, resaltada por Amartya Sen,

⁶⁴ Cuando me refiero a este tipo de argumentos consecuencialistas como *pro derechos* no quiero señalar que tengan un carácter emancipatorio per se, es decir, que los resultados de su uso sean siempre favorables a las demandas de los movimientos sociales. En un interesante trabajo, fuertemente inspirado en la teoría jurídica crítica feminista norteamericana, la profesora Isabel Cristina Jaramillo (2003, p. 22), pone de presente los riesgos del lenguaje de los derechos, en tanto se trata de un discurso legítimo y legitimador, de ahí su potencia en los debates políticos y jurídicos. Cuando los movimientos sociales se valen del discurso de los derechos como estrategia movilización social se exponen a las siguientes consecuencias: a) Ser cooptados: por cooptación de un movimiento social se entiende la transformación del mismo en un producto del Estado, lo cual ocurre en tres etapas. “Primero, los funcionarios estatales se niegan a reconocer la legitimidad del movimiento social y empiezan a introducir la idea de que su objetivo debe ser obtener derechos. Luego, proceden a reconocer los derechos reclamados mostrando que no contradicen el esquema de derechos reinante. Finalmente, en la etapa de interpretación, tanto legislativa como judicial, se ajustan los nuevos derechos a la situación previamente existente”; b) Legitimar los intereses de la posición contraria: los

según la cual los derechos son importantes, pero no absolutos, y pueden, en ocasiones, colisionar entre sí, por lo que se hacen necesarias transacciones entre estos (Lamprea, 2006, p. 84). A modo de ejemplo, tenemos que la crítica de Uprimny ante la insensibilidad de la jurisprudencia en salud de la Corte, como se analizará más adelante, no se fundamenta en consideraciones de eficiencia económica, sino en las consecuencias tanto sobre la igualdad formal y material (Aclaraciones de voto de las sentencias T-1207/01 y T-654/04).

Estas últimas serían el tipo de consecuencias que es legítimo incluir en el razonamiento judicial, pues la inclusión de argumentos basados en la consecución de objetivos colectivos que incrementen el bienestar general, que pertenecen al primer tipo de argumentos consecuencialista identificado, disuelve el discurso de los derechos individuales e introduce el riesgo de que el sistema jurídico se guíe sólo con criterios utilitarios. Además, como bien lo anota Uprimny (2006, p. 168), “una rama judicial puramente consecuencialista deja de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de normas, y deviene en un órgano exclusivamente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses conforme a valoraciones subjetivas”.

3.4. El déficit igualitario de la jurisprudencia constitucional en materia de salud

Esta crítica es sostenida por Rodrigo Uprimny y Mauricio García. Ella parte del carácter prestacional de los derechos sociales, específicamente del derecho a la salud en su dimensión positiva⁶⁵. Según ellos, aunque es cierto que la realización de los derechos civiles y políticos también cuesta dinero a la sociedad, en la medida en que el Estado debe no sólo respetar esos derechos sino también garantizar su goce, subsiste una diferencia decisiva entre la protección judicial de los derechos civiles y la protección de los derechos sociales. Tal diferencia consiste en que el contenido obligacional específico de los derechos sociales es prestacional, e implica que el Estado debe suministrar un bien o servicio que la persona requiere para satisfacer sus necesidades básicas. Y esos bienes pueden llegar a tener costos muy considerables, sobre todo en materia de salud (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 8).

intereses contrarios a los defendidos por los movimientos sociales buscarán expresar sus argumentos en el lenguaje de los derechos, debido a la fuerza legitimadora del mismo. Lo cual, unido a la indeterminación e incoherencia de dicho discurso, lleva a que el contenido de los derechos defendidos por los movimientos sociales sea el finalmente protegido por los jueces; y “una vez los jueces deciden el contenido de los derechos en su contra, no pueden alegar que los resultados no son legítimos” (Jaramillo, 2003, p. 23).

⁶⁵ “Los derechos sociales, por su dimensión prestacional, no se adaptan de forma fácil a las instituciones y técnicas jurisprudenciales, lo cual hace que el control constitucional en este campo sea más difícil y requiera jueces muy competentes y construcciones conceptuales depuradas y sofisticadas” (Uprimny, 2006, p.190).

Lo anterior plantea a la judicialización de los derechos sociales un problema de interpretación, consistente en la evaluación de los medios para lograr el fin constitucional propuesto. Según García y Uprimny mientras en los derechos de libertad (o derechos negativos) la simple acción u omisión del Estado es, por o general, un elemento suficiente para determinar la violación o protección del derecho, en los derechos sociales se requiere la evaluación de las acciones de protección —que pueden ser ~~útiles~~ y variadas— para emitir un juicio de eficacia. Agregan que, “mientras en los derechos de libertad los problemas de realización resultan, por lo general, de obstáculos jurídicos, en los derechos sociales tales problemas provienen casi siempre de obstáculos fácticos” (García y Uprimny, 2006, p. 505).

Los críticos aciertan entonces en señalar que el juez constitucional no puede ignorar las consecuencias financieras e institucionales de sus decisiones de amparar el derecho a la salud de una persona específica, y extender el plan obligatorio de salud mas allá de lo dispuesto por las autoridades políticas, por la sencilla razón de que esa sentencia supone un uso de recursos no proyectado, que se traducirá en una limitación del derecho a la salud de otra persona. En tal contexto, la solución de permitir que la EPS o la ARS repitan contra el FOSYGA no soluciona el problema, por la sencilla razón de que los recursos de ese fondo no son infinitos, y su agotamiento implica una limitación a la posibilidad de atender otras enfermedades catastróficas, o de extender la cobertura del régimen subsidiado, que beneficia a los sectores más pobres de la población” (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 8).

Según Uprimny, si bien la jurisprudencia constitucional en materia de salud representa un fuerte compromiso con el derecho a la vida digna de los peticionarios individuales, no es adecuada en términos de igualdad. Así, cuando una decisión de tutela otorga una prestación que por ser tan costosa no resulta universalizable, es decir, no puede ser concedida a todas las personas que se encuentren en una situación similar, nos encontramos ante una decisión judicial que confiere privilegios contrarios al *principio de igualdad de trato*⁶⁶ (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 10). Además, la tesis de la Corte no atiende en dicha jurisprudencia al *principio de igualdad material*⁶⁷, puesto que, si la prestación pudiera ser concedida a todos los que la requieren, su otorgamiento podría afectar la realización de otros programas de salud, que tengan por

⁶⁶ El principio de igualdad de trato ordena que todas las personas que se encuentren en una misma situación deben recibir un mismo trato por las autoridades.

⁶⁷ El principio de igualdad material ordena al Estado esforzarse por lograr que la igualdad entre los colombianos sea real y efectiva.

beneficiarios a la población más vulnerable, quienes en virtud del principio de igualdad material requieren del Estado una protección especial.

En síntesis, la crítica consiste en que si algo no se puede garantizar a todos como derecho, no está claro por qué deba suministrársele a algunos.

4. Alternativas al papel desempeñado por la Corte Constitucional

4.1. La exclusión de la acción de tutela para los derechos sociales

La propuesta más conservadora que han planteado algunos críticos de las intervenciones de la Corte en materia económica consiste en excluir expresamente, a través de una reforma constitucional, la acción de tutela en materia de derechos sociales cuando la protección de dichos derechos implica la orden de gasto público.

García y Uprimny encuentran insatisfactoria la tesis que defiende la exclusión de la acción de tutela para la protección de derechos sociales al menos por las siguientes razones:

- a) No toma en serio el carácter normativo de la constitución, y en especial, de las cláusulas de derechos sociales;
- b) los críticos de la Corte no distinguen entre las distintas formas posibles de protección judicial de los derechos sociales, por lo cual desconocen que la práctica desarrollada por la Corte en materia de derecho a la salud se corresponde tan sólo con un tipo específico de justiciabilidad y que, en consecuencia, podrían estar de acuerdo con otro tipo de protección (2006, p. 516);
- c) las críticas que esta tesis plantea a la jurisprudencia constitucional en materia de derechos sociales se suele apoyar en caso concretos y aislados⁶⁸, y no en un análisis general de tipo teórico o empírico (2006, p. 516-517, nota N° 43); y
- d) la falta de interés en buscar alternativas de protección judicial, indica que tras el argumento de la separación de competencias entre jueces y entidades de representación política se disfraza la preocupación por una práctica que implica

⁶⁸ Plantear la crítica a partir de casos aislados no permite la generalización y muchas veces supone que ese determinado caso fue resuelto de manera adecuada por la Corte Constitucional, cuando pudo no haber sido así.

una cierta redistribución económica en beneficio de los pobres, que resulta contraria a los principios neoliberales (2006, p. 526).

4.2. Una jurisprudencia constitucional en materia de salud sensible a la realización de la igualdad y a la deliberación democrática

La tesis defendida por García y Uprimny es presentada como una salida intermedia frente a dos concepciones opuestas de la protección judicial por vía de acción de tutela de los derechos sociales. Una de ellas defendida mayoritariamente por economistas críticos del activismo judicial de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales, para quienes las normas constitucionales de derechos sociales son de carácter programático y no pueden ser aplicadas directamente por los jueces, de tal suerte que la concreción del contenido y alcance de los derechos sociales le corresponde al Congreso por medio de leyes tendientes a generar la estructura institucional que la realización material de este tipo de derechos (prestacionales) supone.

Desde esta perspectiva, la práctica constitucional de protección judicial de tales derechos desplegada por los jueces de tutela y la Corte Constitucional ha sido responsable, en parte, del descalabro de las finanzas públicas y desconoce las competencias de los órganos políticos del Estado (Congreso y Gobierno), entre otros efectos negativos que los son atribuibles. La otra tesis extrema e igualmente insatisfactoria para García y Uprimny es la sostenida por la propia Corte Constitucional, quien, como ya vimos en acápite anterior, se ha mostrado insensible a las consecuencias económicas de la protección del derecho a la salud en el tipo de casos analizados.

4.2.1. La superación de la tesis de la conexidad: el derecho a la salud como derecho fundamental en sí mismo

Para Rodrigo Uprimny y Mauricio García, el derecho a la salud debe ser entendido como un derecho fundamental y, como tal, directamente aplicable por los jueces. Lo anterior supondría distinguir entre el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, de tal suerte que el deber estatal de asegurar a todas las personas el derecho a la salud no sea reducido al desarrollo de un sistema de seguridad social en salud.

¿Cuál es el sentido de abandonar la tesis de la conexidad para considerar al derecho a la salud como un derechos social fundamental per se? ¿Se trata de un giro teórico “progresista”?

En primer lugar, tal cambio conceptual, inspirado en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, no trae consigo una ampliación de los contenidos del derecho a la salud directamente amparables por el juez de tutela, sino todo lo contrario, en tanto tal doctrina distingue entre un *contenido mínimo* directamente amparable y un *contenido de desarrollo progresivo* (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 15). Como contenido mínimo o esencial o básico del derecho a la salud, este sí directamente amparable por vía de acción de tutela, Uprimny propone las prestaciones definidas en los artículos 12 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas y por el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, las cuales representan un contenido más reducido que aquel que ha defendido la Corte Constitucional; mientras que el contenido de desarrollo progresivo se corresponde con la ampliación de dichas prestaciones básicas a través de planes de salud asegurados a toda la población, planes cuya definición le corresponde al “debate democrático”.

En segundo lugar, una vez concebido el derecho a la salud como fundamental, la existencia de un tal sistema de seguridad social en salud que tienda a la universalización no sirve de excusa al Estado para no proteger dicho derecho a aquellos que se encuentran excluidos del sistema de seguridad social (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 16). Aquí sí aparece una consecuencia progresista del cambio en la conceptualización del derecho a la salud, pues se busca llevar la protección más allá de los usuarios del sistema de seguridad social.

4.2.2. El juez constitucional y la deliberación democrática

De esta forma Uprimny responde a una de las más serias objeciones planteadas al control de constitucionalidad consistente en el debilitamiento del carácter pluralista de las constituciones, según el cual la constitución pretende ser un punto de encuentro o marco de coincidencias entre puntos de vista disímiles.

Para estos autores, del juez constitucional es esperable al menos dos roles en la definición de los planes de salud, ambos vinculados a una concepción deliberativa de la democracia. La influencia de las tesis de Carlos S. Nino en este punto es bastante notoria. Así, para Uprimny y García, siguiendo a Carlos S. Nino, “los jueces, al ejercer el control constitucional, no deben descartar políticas que resulten

del debate democrático, únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio «pueden, y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos». Los jueces deben entonces preferir las decisiones que hagan más vigoroso el debate democrático, y en cambio deben rechazar aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, pues una de las funciones decisivas del control constitucional es «contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas» (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 18).

El primero de los roles legítimos de la Corte Constitucional consiste en racionalizar la deliberación social y política sobre el derecho a la salud⁶⁹. Como se trata de una tesis que pretende conservar ciertos aspectos de la línea jurisprudencial de la conexidad entre el derecho a la salud y a la vida digna, algún papel le corresponde al juez en la definición de los planes de salud. No se trata entonces de que el juez de tutela complemente el POS con todos aquellos servicios y medicamentos que pueden ser necesarios para preservar la vida digna de quien interpuso la acción de tutela, como lo ha venido haciendo la Corte. El rol que le cabe a la Corte, según Uprimny y García, es mucho más modesto; la Corte debe limitarse a solicitar a las autoridades políticas encargada del diseño del POS (Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud) que justifique la exclusión de aquellas prestaciones necesarias para la vida digna del peticionario, de tal suerte que “si la justificación es insuficiente, la presunción de inconstitucionalidad operaría y la tutela debería ser concedida” (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 18)⁷⁰.

Para concretar su propuesta, Uprimny nuevamente en una aclaración de voto, en este caso a la Sentencia T-654/04, propone lo que el llama “test de cargas argumentativas”, el cual busca establecer criterios para determinar cuándo ciertas omisiones o regresiones en el diseño de los planes de salud están justificadas o no. Para tal efecto, Uprimny distingue entre prestaciones cuya omisión afecta directamente la vida⁷¹ y aquellas que afectan la dignidad de la existencia⁷².

⁶⁹ Para que ello sea así en el proceso constitucional deben intervenir las instituciones públicas responsables de la política pública de salud para que expongan las razones que motivan la exclusión de determinado servicio, específicamente se espera entonces la participación del CNSSS. Además, “el juez no debe tratar los casos como prestaciones o enfermedades individuales sino que cada demandante debe ser entendido como representativo de un tipo de casos que exige preguntarse por la protección optima que debe recibir una determinada clase de enfermedad” (Uprimny, Aclaración de voto a la ST-654/04, considerando No. 26).

⁷⁰ “En principio todas las prestaciones necesarias para proteger la vida digna de las personas deben ser incorporadas en esos planes, y por ello debe presumirse que la omisión de una prestación de esa naturaleza es inconstitucional” (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 17).

⁷¹ Bajo este grupo de servicios se incluyen aquellos cuya omisión genera un riesgo directo de muerte.

Para las primeras propone un test de intensidad estricta en tanto la exclusión del servicio de salud puede conducir a resultados extremadamente injustos, como la muerte del paciente. De tal suerte que, la exclusión se encuentra justificada si persigue una finalidad no sólo legítima e importante sino imperiosa, y si, además de ser adecuada, la exclusión es efectivamente conducente y necesaria, “de tal forma que no pueda ser reemplazada por otro medio alternativo menos lesivo en orden a garantizar el sistema institucional encaminado a la realización del derecho a la salud” (Aclaración de voto a la ST-654/04, considerando No. 25). También exige este test que los beneficios de la omisión de la prestación excedan claramente las restricciones en el goce de otros derechos y principios constitucionales.

Por su parte, aquellas exclusiones que si bien no comportan un riesgo de muerte, sí atentan contra la dignidad o calidad de la vida, deben ser sometidas a un test de intensidad intermedia. Dos pruebas deben superar este tipo de exclusiones para estar justificadas:

“a) La finalidad de la exclusión debe ser legítima y constitucionalmente importante, de tal forma que promueva intereses públicos valorados por la Carta (por ejemplo, focalizar la atención en saluden orden a garantizar una mejor atención de la población más vulnerable o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver (por ejemplo, la cobertura de los programas de promoción y prevención, aspectos que hacen parte del contenido mínimo esencial del derecho a la salud) y b) la exclusión debe ser un mecanismo adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado por la norma, de tal forma que si ello no ocurre, su inaplicación en el caso concreto es válida y legítima” (Aclaración de voto a la ST-654/04, considerando No. 25).

Según Uprimny, concebir en estos términos el papel de la Corte Constitucional representa una ventaja en relación con la actual práctica constitucional que no considera el caso concreto examinado como uno más dentro de un grupo de casos similares. Tal ventaja consiste en que la Corte podría dar “órdenes estructurales” (como la viene produciendo bajo el concepto de *estado de cosas*

⁷² En esta categoría Uprimny agrupa a todas aquellas prestaciones cuya omisión afectan no sólo la existencia física sino también la dignidad humana, tales como las relacionadas con la calidad de vida, con las dolencias permanentes que son asimilables a formas de trato cruel e inhumano, las que apuntan a una concepción integral de la curación. La jurisprudencia constitucional ha considerado que en el concepto curación se incluyen todos los servicios necesarios para 1) aliviar las condiciones producidas por una enfermedad, condición física o mental; 2) evitar las secuelas de la misma, o 3) superar la condición de limitación física que padece la persona como consecuencia de la enfermedad.

inconstitucionales) que permiten dar respuesta a una problemática social que excede los límites del caso concreto examinado y cuya solución requiere que concurren diferentes instancias.

El segundo rol consiste en ser garantes de la imparcialidad del proceso del proceso democrático, el cual se concreta en otorgar una especial protección a las poblaciones discriminadas. En estos caso, entonces, “la exclusión de los planes de salud de los tratamientos y medicamentos que esas personas requieren para llevar una vida digna estaría cubierta por una doble presunción de inconstitucionalidad, por lo cual las autoridades tendrían que explicar convincentemente no sólo por qué esos tratamientos no pueden ser concedidos, sino además que la decisión de excluirlos del plan no obedeció a motivaciones discriminatorias” (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 20).

Finalmente, si la definición del contenido de desarrollo progresivo del derecho a la salud es dejado a las “autoridades políticas, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social” (Aclaración de voto a la ST-1207/01, considerando No. 17), esta tesis debería entonces evaluar si el actual diseño institucional del CNSSS se corresponde con ese proceso democrático al cual se le adscribe normativamente la definición de los planes de salud. Precisamente de ello nos ocuparemos en el capítulo cuarto.

Sin ser del todo adoptada por la Corte Constitucional la propuesta de Uprimny, el diálogo entre la Corte y el CNSSS que ella sugiere se ha venido dando en la práctica. Así en algunos procesos de tutela aparece explícita la intervención del CNSSS o del Ministerio de Salud a raíz de la solicitud que hace la Corte para que exponga los argumentos que soportan la exclusión de un determinado servicio de salud que es requerido para proteger la salud y la vida de la persona que lo solicita. Claro está que los argumentos no son sometidos a un test de razonabilidad y proporcionalidad formalizado como el propuesto por Uprimny.

En relación con lo anterior, lo que algunos ejemplos muestran es que no es esperable del CNSSS un esfuerzo considerable en argumentar suficientemente las exclusiones examinadas por la Corte. Lo cual se explica, en parte, por el tipo de dinámicas de toma de decisiones y el tipo de representación que se configuró en el diseño institucional del CNSSS. Así por ejemplo en la T-920/2001, la Corte encontró que el Ministerio no pudo explicar las razones por las cuales no fue incluido el servicio médico solicitado; y en la sentencia T-344/2002 los conceptos médicos solicitados por la Corte señalaban que los medicamentos incluidos en el POS para tratar la enfermedad que el demandante padecía eran obsoletos.

4.3. Un proceso democrático y explícito de racionamiento de los recursos del sector salud

La tesis principal de Ramón A. Castaño sostiene que la protección del derecho a la salud implica siempre, como consecuencia de la restricción presupuestal, un conflicto entre el bien individual y el bienestar agregado, y que la solución de este conflicto no ha tramitado a través de los modelos de decisión colectiva.

El análisis de Castaño se restringe a la Corte Constitucional como el único escenario en dónde se ha discutido la cuestión de la cobertura de los planes básicos de salud, y se vale de los criterios establecidos Daniels y Sabin; concluyendo que la Corte no reúne ninguna de las cuatro condiciones.

Omite el papel jugado por el CNSSS, quien es el competente para definir los planes básicos de salud. Si bien, en términos generales, la conducta del CNSSS se caracteriza por la no actuación (no actualización de los planes de salud), no debe perderse que en la no decisión hay una forma de intervención favorable a lo decidido en el pasado.

4.3.1. Respuesta a dos objeciones a la necesidad del racionamiento de los recursos

Difícilmente la sociedad encontraría legítima aquella decisión que niega un tratamiento salvador a un paciente para así beneficiar a unas víctimas anónimas cuando de no haber corrupción se reducirían considerablemente la necesidad de racionar. Frente a la anterior objeción, Castaño se plantea la siguiente pregunta: ¿Debemos entonces esperar a que se erradique la corrupción para iniciar un proceso de racionamiento de los recursos del sector salud? A lo anterior, responde afirmando que “no es razonable pretender que se acabe la corrupción antes de pensar en iniciar un proceso de racionamiento explícito, pues mientras aquella es difícil de erradicar en el corto plazo, sí es posible llegar a un acuerdo sobre la priorización del gasto y lograr así un resultado más justo que el actual, pues en la situación actual no sólo hay corrupción, sino también racionamiento injusto” (2006, p. 31).

Argumento similar contra la necesidad del racionamiento se deriva a partir de la ineficiencia administrativa, la cual también restaría legitimidad a las decisiones limitativas. Según este argumento entonces, si no hubiese ineficiencia no habría necesidad de racionar los recursos y toma de este tipo de decisiones trágicas.

Según Castaño, esto no es cierto. La reducción a cero de la ineficiencia no elimina la situación de escasez de los recursos; la reduce pero no la elimina. Seguramente las decisiones limitativas en casos de eficiencia gozarían de una mayor aceptación social (2006, p. 31).

Este tipo de circunstancias, en la práctica, operan como serios obstáculos para legitimar una política de racionamiento de los recursos y servicios de salud. En el caso colombiano esto sí que resulta ser cierto pues son bastante serios los problemas de ineficiencia y corrupción en el sistema de salud, tales como los sobre costos en el funcionamiento de las EPS y ARS, la evasión y mora en el pago de los aportes, la doble afiliación, la no gestión de recursos adicionales previstos por la ley que se podrían obtener, etc. (Arrieta, 2003a, p. 1772).

4.3.2. La propuesta de Ramón Castaño

La tesis normativa de Castaño parte de considerar que la cuestión de la definición de la cobertura de los planes de salud es un asunto ante todo de naturaleza política y no técnica⁷³ que pueda ser decidido a puertas cerradas por ingenieros sociales.

Afirma Castaño que “si se asume que la mayoría de los individuos son más sensible a la regla del rescate que a los cálculos consecuencialistas sobre víctimas anónimas, es de esperarse que ningún político haga la propuesta suicida de proponer el racionamiento explícito. Por esta razón, este debate debe surgir desde otros escenarios y quizás el escenario del debate democrático en las instancias legislativas sea la última etapa, y no el inicio, como se pretende con frecuencia”⁷⁴ (Castaño, 2006, p. 40).

A la cuestión de qué condiciones deben concurrir en dicho proceso para que pueda ser considerado “democrático”, Castaño nos remite a las cuatro condiciones establecidas por Daniels y Sabin, que ya fueron discutidas aquí. Así que la crítica

⁷³ Según Castaño, “la literatura internacional sobre el tema parece admitir que mientras en los países desarrollados es necesario un proceso transparente y democrático en el que se rinde cuenta sobre la razonabilidad de las decisiones, la receta para los países pobres se limita al cálculo utilitarista de la maximización del nivel de salud agregado entendiendo este simplemente como una mayor productividad del capital humano para contribuir al desarrollo” (2006, p. 38).

⁷⁴ Según la propuesta de Castaño, el proceso de discusión de las restricciones de cobertura de los planes básicos de salud debe entonces tener origen la academia a través de mesas de trabajos interdisciplinarias, y debe terminar en la adopción de una ley estatutaria que “establezca límites razonables al derecho a la salud, y que garantice la protección de un mínimo que sea justiciable para todos por igual” (2006 p. 42).

consistente en la insuficiencia de tales condiciones es predicable también de la propuesta de Castaño.

Tal proceso tendría como propósito encontrar cierto equilibrio socialmente aceptado entre el bienestar individual y el colectivo. Así como buscar una solución que permita aprovechar los efectos de la inversión en salud sobre el desarrollo. Lo que se busca entonces con esta salida es que la sociedad reconozca la imposibilidad de satisfacer totalmente las necesidades individuales y de esta forma aparezca entonces de manera explícita la tensión entre el bienestar individual y el colectivo.

¿Queda entonces en esta propuesta algún papel para la Corte Constitucional? Sí, la justiciabilidad del derecho a la salud se restringiría a la exigibilidad de unos mínimos universalizables, para que el derecho opere entonces como una garantía absoluta, en los mismos términos de las libertades o derechos negativos o de defensa o de primera generación o como quiera llamárseles. Aquí cabe cierta crítica.

En todo caso, trasladar la decisión sobre la cobertura de los planes de salud del CNSSS al Congreso no garantiza que la decisión sea la correcta⁷⁵, independientemente del criterio de justicia materia que se adopte para valorarle, como tampoco garantiza que las minorías hayan estado adecuadamente representada en dicho escenario, ni que todos los argumentos relevantes hayan aparecido, por lo cual siempre está abierta la puerta, y ello es deseable, para que la justicia constitucional intervenga y reabra el debate. Seguramente en este caso, a la Corte le quedará más difícil deshacer esta decisión, si se le compara con la revisión de las decisiones adoptadas por el CNSSS, si se toma en serio el principio democrático y la presunción de constitucionalidad de las leyes que de él se derivan. Pero ello no significa que quede de plano excluida la intervención de la Corte haciendo valer argumentos basados en derechos con una perspectiva individualista. Está claro entonces que ni el CNSSS, ni el Congreso, ni mucho menos la Corte puede tener la última palabra en la definición de la cuestión aquí tratada.

⁷⁵ De hecho Rudolf Klein, autor bastante citado en el trabajo de Castaño como representante de una posición escéptica frente a la priorización de los recursos a través de los mecanismos tradicionales del mercado, advierte lo siguiente Klein: “No argumento que un proceso correcto nos provea las respuestas “correctas” (...) Mi aseveración es menos ambiciosa: es que el proceso correcto producirá respuestas socialmente aceptables —y eso es lo mejor que podemos esperar—” (Citado por Castaño, 2006, p. 33).

4.3.3. La crítica basada en el carácter auto-contenido del sistema de seguridad social

Es posible reconocer que los derechos sociales fundamentales, concebidos en términos de mínimo sociales justiciables, pertenecen al ámbito de la justicia correctiva y no al ámbito de la justicia distributiva, tal y como lo propone Rodolfo Arango. Pero la realización material de los DESC no se agota en el ámbito de la justiciabilidad. Más allá de esos mínimos es posible configurar derechos sociales legales, caso en el cual nos vemos en el ámbito de la justicia distributiva. Así, la cuestión de los recursos escasos, no sólo plantea un problema de disponibilidad, sino también, y principalmente de distribución de los recursos existentes.

Así las cosas, la discusión democrática que propone Castaño sobre qué debe asegurarse a todos en un plan básico de servicios de salud, no puede limitarse a la cuestión de la distribución de unos recursos escasos determinados y fijos entre diferentes alternativas de servicios médicos (individuales y colectivos) de que dispone una sociedad concreta. La discusión debe extenderse también sobre el origen y fuente de los recursos con los que se cuenta. Sin duda alguna, la salud compite por recursos con otros bienes igualmente básicos como la alimentación, la vivienda, las pensiones, etc. y el total de los recursos de que dispone una sociedad son finitos, pero ello no justifica que no sea deseable discutir también sobre la prioridad del gasto destinado a la satisfacción de ciertas necesidades básicas.

La crítica va dirigida a señalar que la discusión debe pasar también por el carácter auto-contenido del sistema de seguridad social colombiano configurado en la Ley 100. El carácter auto-contenido del SGSSS no tiene que ver exclusivamente con el origen de los recursos, pues parte importante de las fuentes de financiación de la salud son recursos del presupuesto nacional. El sistema es auto-contenido en el sentido de que se limita a pensar la salud desde la perspectiva de la seguridad social en salud (González, 2002, p. 22). Así, según el economista Jorge Iván González, superar el carácter auto-contenido del sistema implica introducir la variable de la equidad, concebida en términos mucho más amplios que la mera solidaridad, y para ello debe aparecer la cuestión acerca de aspectos tributarios y redistributivos en la evaluación del sistema de salud⁷⁶.

Según Jorge Iván González, la ley 100 tiene un mensaje implícito que puede ser contraproducente: con unos pocos puntos de solidaridad, se resuelve el problema

⁷⁶ En términos de González, “una mayor solidaridad no tiene por qué reflejarse en una mejor distribución del ingreso” (2002, p. 22).

de la seguridad social” (González, p. 4). La ley 100 está inspirada en el supuesto de que los recursos internos del sistema son suficientes para garantizar su sostenibilidad financiera, supone que la conjunción de los regímenes contributivo y subsidiado es suficiente para garantizar la estabilidad financiera de la seguridad social en salud. Pero, el sistema es sostenible únicamente si, además de los aportes de los afiliados, se cuenta con importantes recursos del Estado, administrados con criterios de progresividad (González, p. 4).

La crítica de Jorge Iván González al carácter autocontenido del SGSSS no tiene que ver con el origen de los recursos, pues parte importante de las fuentes de financiación de la salud son recursos del presupuesto nacional. “El sistema es autocontenido a pensar la salud desde una perspectiva que supera el marco del sistema de seguridad social en salud” (2002, p. 22). Superar el carácter autocontenido del sistema supone entonces introducir la variable de la equidad, concebida en términos mucho más amplios que la mera solidaridad, y para ello debe aparecer la cuestión acerca de aspectos tributarios y redistributivos en la evaluación del sistema de salud⁷⁷.

5. ¿Por qué en Colombia ha habido un mayor espacio para el activismo judicial de la Corte Constitucional en materia del derecho a la salud?

Antes de proceder a responder esta pregunta debemos precisar qué entendemos aquí por activismo judicial, cuando es de carácter progresista, y en qué sentido las intervenciones de la Corte Constitucional en materia de planes de salud puede ser descrita en términos de cierto activismo progresista.

Un juez es activista cuando sus decisiones van más allá de lo que los textos legales (constitución, leyes, decretos, sentencias, etc.) son completados por cierto sentido de justicia que se impone en el caso concreto. Esta situación se ha presentado en las decisiones aquí analizadas, pues en ellas la Corte ha inaplicados claros y expresos mandatos legales y reglamentarios para dar imponer sus tesis de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y del carácter de fundamental por conexidad del derecho a la salud a través de una concepción amplia de “vida digna”.

A su vez, el activismo judicial puede ser conservador o progresista. Este ir más allá de las fuentes o materiales “oficiales” del derecho puede estar fundamentado

⁷⁷ En términos de González, “una mayor solidaridad no tiene por qué reflejarse en una mejor distribución del ingreso” (2002, p. 22).

en una concepción favorable de la conservación del *statu quo*, caso en el cual estamos en presencia de un activismo de tendencia conservadora; pero también, ese “ir más allá del derecho” puede tener como fundamento la extensión y profundización de los derechos constitucionales, caso en el cual el activismo es progresista.

Precisado lo anterior, tenemos que las intervenciones de la Corte en relación con el problema de política pública aquí analizado puede ser calificadas en términos de cierto activismo progresista. De hecho, como ya se analizó, algunas de las críticas provienen de su insensibilidad frente a las consecuencias económicas de sus decisiones. No sobre precisar, que esta afirmación no se extiende a la totalidad de la jurisprudencia en materia de salud⁷⁸, sólo se refiere al tipo de respuesta al problema de la necesidad de un servicio médico no incluido en el POS y que se requiere para proteger la vida digna o la integridad física de la persona.

Ahora sí, podemos preguntarnos por las explicaciones que pueden darse a este tipo de activismo. García y Uprimny (2004) distinguen entre las razones para el activismo y las razones para el carácter progresista del mismo. Entre las explicaciones del activismo judicial de la Corte Constitucional desde inaugurada la Constitución de 1991 y la propia Corte, en general, sin atender a una materia específica, se ofrecen las siguientes⁷⁹:

a) Larga tradición de control judicial de constitucionalidad de las leyes, de tal suerte que cuando la Corte Constitucional entra a funcionar, en 1992, la cultura jurídica y política colombiana está muy familiarizada con la *judicial review*’ (García y Uprimny, 2004, p. 472).

b) Los diseños procesales establecidos por la propia constitución han hecho que en Colombia el acceso a la justicia constitucional sea muy fácil y poco costoso. Es relativamente fácil para los ciudadanos convertir un reclamo en una discusión

⁷⁸ Vale la pena aclarar que esta actitud progresista, no es constante, coherente, ni está siempre presente en la mayor parte de las decisiones de la Corte. Así por ejemplo, en materia de control de constitucionalidad de las leyes penales y los estados de excepción es posible demostrar que el discurso de la Corte ha estado más cercano al eficientismo que al garantismo, en tanto, como consecuencia de la metodología de la ponderación de principios, en muchos casos han prevalecido bienes colectivos sobre derechos y bienes individuales. Al respecto ver el interesante texto *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal* (Orozco y Gómez, 1999)

⁷⁹ García y Uprimny distinguen entre factores jurídico-institucionales, como los aquí desarrollados, y factores político-estructurales, tales como: a) la crisis de la representación política, b) la debilidad de los movimientos sociales, c) la debilidad de la oposición política.

jurídica, que debe ser constitucionalmente decidida, y en un tiempo bastante corto, por la justicia constitucional (García y Uprimny, 2004, p. 472-473)⁸⁰.

c) La amplia cobertura de los medios de comunicación a los innumerables casos de personas cuyos derechos constitucionales han sido protegidos mediante la acción de tutela ha permitido que amplios sectores de la ciudadanía conozcan sus derechos y las vías para exigirlos.

d) Los diseños procesales permiten que la Corte aparezca como el órgano límite del poder judicial, es decir, como un súper poder, especialmente en virtud de la acción de tutela contra sentencias, la cual suele justificarse, en parte, como una vía para unificar la interpretación de la Constitución, especialmente en materia de derechos fundamentales. Esta idea se ha visto fortalecida por la propia tesis de la Corte acerca de la fuerza de precedente judicial de sus decisiones, que se extiende tanto al fallo como a la ratio decidendi de la parte motiva.

Por su parte, entre las razones que explican el carácter progresista del activismo de la Corte algunas apuntan ciertas características del propio texto constitucional. Así, para Aquiles Arrieta (2003a, p. 1754), algunas batallas políticas que se dieron durante las décadas de los ochenta y principios de los noventa obtuvieron como conquista textos legales (específicamente constitucionales) que transforman las demandas y reivindicaciones sociales en “derechos”, lo que ha llevado a que las batallas se trasladen de los congresos a la Corte. Por su parte, Mauricio García y Rodrigo Uprimny (2004, p. 475) apuntan al carácter “aspiracional”⁸¹ de la Constitución de 1991, según el cual más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, la Constitución buscó proyectar un modelo de sociedad a construir.

Finalmente, algunos defensores del activismo de la Corte Constitucional sostienen que la propia Corte ha tendido a autorrepresentarse como la ejecutora de los valores de libertad y justicia social encarnados en la Constitución (García y

⁸⁰ Esta explicación ofrecida por García y Uprimny, debe ser matizada a partir de los distintos procesos de que conoce la Corte. Así, mientras la Corte deberá pronunciarse en relación con todas las acciones públicas de inconstitucionalidad que plantee cualquier ciudadano, no ocurre lo mismo en materia de revisión de fallos de tutelas, pues en este caso sólo selecciona algunas de ellas de manera discrecional.

⁸¹ Al concepto de constitución aspiracional se opone el concepto de constitución preservadora. Las primeras diseñan un modelo de sociedad al cual se aspira y someten toda la actividad estatal a la consecución de dicho propósito, y las segundas limitan a señalar al poder público los límites de lo permitido, ver Mauricio García (2006).

Uprimny, 2004, p. 476)⁸². Esta explicación debe ser matizada, puesto que una tal posición progresista de la Corte no se extiende a todos los magistrados que actualmente la conforman y la han conformado. De hecho, muchas de las decisiones progresistas fueron tomadas en votaciones 5 contra 4; de tal suerte que, un cambio mínimo en la composición de la Corte hubiera hecho triunfar la tesis contraria (García y Uprimny, 2004, p. 477).

Hasta aquí no se ha dado una explicación del activismo de la Corte en el caso particular del derecho a la salud y, específicamente, en relación con la cuestión de los servicios de salud no incluidos en los planes básico de salud. Dar respuesta a esta cuestión pasa por preguntarse por la especificidad de la respuesta de la Corte al caso aquí discutido.

En primer lugar, tenemos que el activismo judicial suele presentarse cuando los jueces se enfrentan a casos *difíciles*⁸³. En este tipo de casos la aplicación de la regla es problemática, supone discusiones acerca de asuntos como cuál es su sentido o finalidad; para resolverlos es preciso contar con herramientas retóricas (de producción de discurso) y herramientas hermenéuticas (de apropiación de discurso) que permitan al juez “hacerse a las reglas”⁸⁴. Aquí, nos interesa resaltar que en este tipo de casos aparece de manera clara el carácter político de la interpretación judicial del derecho, especialmente de la interpretación judicial de la Constitución⁸⁵; de tal suerte que en ellos la Corte suele dividirse y la decisión adoptarse por votaciones 5-4⁸⁶.

⁸² Esta tesis también es defendida por el Magistrado Manuel José Cepeda, para quien “se ha dado una especie de alianza contrahegemónica entre la Corte Constitucional—o por lo menos entre algunos magistrados de la Corte Constitucional— y ciertos sectores sociales excluidos o atropellados, para desarrollar los valores emancipatorios consagrados en la Carta de 1991” (Citado por, García y Uprimny, 2004, p. 477)

⁸³ Según Aquiles Arrieta (2003, p. 167) no existe una diferencia esencial entre casos fáciles y difíciles, “un caso que es fácil hoy, puede ser difícil mañana, o viceversa”. En general, que un caso sea fácil o difícil depende de la existencia de acuerdos implícitos en la sociedad, más específicamente en la “comunidad jurídica”, sobre la suficiencia de los argumentos formales para resolver un problema jurídico, lo cual a su vez puede reflejar al menos dos cosas: no hay controversia en relación con los asuntos de carácter valorativo que todo caso fácil o difícil presenta o la controversia no tiene la entidad necesaria para generar cambios en la manera como la práctica jurídica soluciona el caso.

⁸⁴ Ver Aquiles Arrieta (2003, p. 166).

⁸⁵ El carácter político de la interpretación judicial de la Constitución al alude a que “la interpretación de la Constitución es un campo de enfrentamiento político entre distintas fuerzas que tienen intereses encontrados; de esta forma, «la lucha por la fijación del sentido de los textos constitucionales es la lucha que finalmente determina el contenido real y específico del texto constitucional”, ver César Rodríguez (1997, p. 35).

⁸⁶ Al respecto anota César Rodríguez (1977, p. 37) que “la aplicación de la Constitución en los casos difíciles por parte de la Corte responde a una lógica estratégica, es decir, a la necesidad de tomar los textos constitucionales, cuya letra es indeterminada, como herramientas para hacer efectivos propósitos y convicciones éticas y políticas bien determinadas”.

En el caso aquí analizado, lo anterior no ocurre. La línea jurisprudencial aquí descrita es compartida en su mayor parte por todos los magistrados de Corte⁸⁷. Hasta tal punto es ello así, que los casos revisados con posterioridad a la consolidación de la línea son tramitados como casos “fáciles”, que son revisados para aclarar alguna particularidad no suficientemente discutida (como sería el caso de la solución de los conflictos entre el médico tratante y el comité técnico de medicamento de la respectivas EPS) o para reiterar lo dicho cuando no es observado por los demás jueces de tutela. Al respecto, anota Aquiles Arrieta (2003a, p. 1780) que estamos en presencia de una jurisprudencia consistente, sólida, estable, que no ha sido elaborada “a bandazos”.

¿Por qué en este caso no se dividen los magistrados de la Corte? No se trata de un caso fácil, que hoy lo sea gracias a la estandarización de la respuesta que la Corte logró consolidar, no significa que en sus inicios la cuestión pudiera ser resuelta en términos formalistas, de apego a los textos jurídicos, mediando un simple razonamiento silogismo o subsunción. Además, la conformación de la Corte ha variado considerablemente durante el periodo en el cual se ha producido esta línea y aún así no aparecen discrepancias considerables. ¿Por qué en este caso convergen magistrados conservadores y progresistas?

Otra particularidad de este caso proviene de la no inclusión de las consecuencias de la decisión dentro del razonamiento de la Corte. Si bien algunos críticos de la Corte señalan la falta de sensibilidad de los jueces por las consecuencias financieras de sus fallos (Uprimny, 2006, p.161-171), esto no es del todo cierto. Cada vez es más frecuente encontrar argumentos consecuencialistas en las decisiones de la Corte, incluso cuando las mismas aluden a cuestiones de derechos fundamentales.

Así, a manera de ejemplo, la Corte en la Sentencia T-595/2002 (MP: Manuel José Cepeda)⁸⁸ estableció que como existen diversas alternativas para que se garantice a las personas de movilidad reducida el goce efectivo de su libertad de locomoción en una ciudad, no le corresponde a ella decidir cuál es la mejor forma de remover las cargas excesivas que pesan sobre este grupo de personas, en tanto tal decisión conlleva, necesariamente, el diseño de una política pública

⁸⁷ En este caso la crítica constitucional que suele encontrarse en salvamentos y aclaraciones de votos proviene de Rodrigo Uprimny en calidad de magistrado encargado.

⁸⁸ En este caso el problema jurídico a resolver en términos de la Corte consistía en establecer si al demandante, Daniel Bermúdez, quien en razón a una discapacidad física anda en silla de ruedas y como los buses alimentadores del Sistema Troncal de Transmilenio no están condicionados para el transporte de personas en silla de ruedas, debe recorrer quince cuadras para desplazarse de su casa a la estación más cercana de la troncal de Transmilenio, se le vulneran derechos constitucionales a la igualdad, a la libertad de locomoción y a la protección especial que debe brindar el Estado a los discapacitados.

mediante la cual se tomen las medidas adecuadas para cumplir el mandato constitucional de proteger especialmente a los discapacitados y garantizar su integración social. Es pues, tarea de la Administración Pública destinar los recursos humanos y materiales para que, dentro de un marco de participación democrática, se conciban los programas y apropien los recursos con los cuales se financiará la implementación de las medidas que se adopten para atender esta demanda social. Otro ejemplo⁸⁹, propuesto por Rodrigo Uprimny (2006, p. 162), proviene del caso UPAC, específicamente de la Sentencia C-700/1999, en la cual la Corte, a pesar de encontrar que el sistema UPAC era inconstitucional, decidió mantenerlo vigente por algunos meses, con el fin de evitar vacíos normativos que pudieran generar graves traumatismos económicos.

Así las cosas, ¿por qué la Corte, de manera unánime, está dispuesta a dedicar recursos cuantiosos para salvar una vida, sabiendo que dada la escasez de recursos no podrá universalizar el servicio otorgado y está recortando recursos para la ampliación del régimen subsidiado?

Ramón Castaño ofrece una explicación bastante sugestiva al respecto. Según él cualquier persona que se vea enfrentada a decidir este tipo de casos siempre otorgaría el servicio médico costoso necesario para salvar la vida del paciente, “porque el costos de oportunidad está representado por víctimas anónimas, a lo sumo estadísticas, mientras la víctima visible que conmueve a la sociedad sí es un

⁸⁹ Para Everaldo Lamprea (2006, p.) la Sentencia C-776 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda) es un buen ejemplo de la incorporación de argumentos consecuencialistas en el razonamiento jurídico de la Corte. En esta Sentencia la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 116 de la Ley 788 de 2002 –entre un conjunto mayor de artículos demandados por el accionante-, mediante el cual el Gobierno Nacional pretendía extender desde el primero de enero de 2005 la base gravable del IVA a productos pertenecientes a la llamada “canasta familiar”, a artículos de primera necesidad relacionados con la salud (medicamentos) y la educación (cuadernos y lápices), así como a los servicios públicos domiciliarios, los servicios médicos y odontológicos (incluyendo los del POS), la educación en todos los niveles, el transporte público, y el servicio de arrendamiento de inmuebles para vivienda, entre otros. Según lamprea, el segundo conjunto de razones esgrimidas por la Corte es consecuencialista ya que la Corte consideró que “el gravamen sobre los bienes y servicios incluidos en el artículo 116 tendría consecuencias nocivas para la promoción de la igualdad real y efectiva en un Estado Social de Derecho (Arts. 1 y 13 de la C.P.), en tanto la extensión de la base gravable del IVA contenida en el artículo 116, al llevarse a cabo sobre bienes y servicios de primera necesidad, no puede cumplir con el objetivo de progresividad de los gravámenes – a diferencia del impuesto de renta- ya que es incapaz de diferenciar los sectores de la población sobre los cuales se aplica. Se rechaza el argumento del Gobierno según el cual la imposición del gravamen no debía tener en cuenta las diferencias (económicas y sociales) entre los individuos sobre los cuales recaía la medida. Por otra parte, el objetivo perseguido por la extensión del gravamen del IVA no es proporcional con la medida, ya que los ingresos adicionales producto de dicha ampliación habrían sido utilizados –según el Gobierno y los demás impulsores de la norma- para la financiación del gasto público en seguridad, y no para –en palabras de la Corte- «financiar el gasto social en programas de impacto específico que compensen no sólo el aumento de la pobreza y la indigencia sino el mayor esfuerzo que supone para los sectores de bajos ingresos el IVA del 2% a bienes y servicios de primera necesidad»”.

drama de carne y hueso que se debate entre la vida y la muerte” (Castaño, 2006, p. 30). Según Aquiles Arrieta (2003a, p. 1781), la mayoría de los casos que ha resuelto la Corte ordenando un servicio médico no incluido en el POS se trata de situaciones dramáticas y de verdadero dolor humano “que suelen generar acuerdo en torno a la solución”. A lo anterior se suma el fuerte impacto económico que los servicios requeridos tendrían en las finanzas de los hogares de no ser reconocidos por la Corte como amparados constitucionalmente.

La anterior respuesta pareciera confirmar la tesis del filósofo Jeremy Waldron, quién es quizás uno de los críticos contemporáneos del constitucionalismo más radical⁹⁰, según la cual “además de la parafernalia del legalismo, las posiciones sostenidas por los jueces de la Corte Suprema no son marcadamente diferentes en sustancia, tono y calidad de las posiciones sostenidas por los ciudadanos en las calles, en las tribunas y en las legislaturas” (Waldron, 2004, nota al pie No. 24, p. 267). Es decir, en este punto no habría ninguna diferencia entre el razonamiento de un juez constitucional y el realizado por los ciudadanos “de a pie”.

Pero esto que Waldron esgrime contra la existencia de una justicia constitucional que pueda revisar las decisiones mayoritarias de las asambleas legislativas, es lo que, a nuestro modo de ver las cosas, justifica y hace defendible la existencia de la justicia constitucional, y en especial la intervención de los jueces de tutela en la definición de los planes de salud.

⁹⁰ Según Jeremy Waldron (2004, p. 263), la justicia constitucional no puede ser concebida como una instancia de revisión de las decisiones mayoritarias a través de un estándar sustantivo, sino más bien como una instancia más de decisión mayoritaria que, al igual que las otras, que no puede valerse tampoco de concepciones de la justicia, la moralidad o la constitucionalidad, distintas de las visiones en pugna entre las cuales la Corte tiene que resolver.

CAPÍTULO IV

EL PAPEL DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SALUD

Como ya se demostró, cuando la Corte Constitucional interviene en la definición de los planes básicos de salud lo hace modificando las reglas del juego y usurpando las competencias propias de otros órganos del Estado, lo cual da pie para que, a renglón seguido, los críticos de dicha intervención resalten el carácter contramayoritario o antidemocrático de la Corte y la mayor dignidad democrática del Congreso y sus leyes, a quien se le ha usurpado sus competencias. Pero resulta, como se demostrará en este capítulo, que la problemática analizada en este trabajo no es intervenida por el Congreso, sino por el CNSSS, escenario del cual no puede predicarse, en los mismos términos, la dignidad democrática del Congreso, en tanto opera mediante lógicas y dinámicas completamente distintas, las cuales serán analizadas a continuación.

7. ¿Por qué el Congreso no es analizado?

7.1. La pérdida de protagonismo y centralidad del Congreso en el proceso decisorio de políticas públicas en materia de derechos sociales

La pérdida de protagonismo y centralidad del Congreso en el proceso decisorio de políticas públicas en materia de derechos sociales se manifiesta en el tipo de decisiones que adopta, las cuales se limitan a establecer directrices, marcos generales, directivas, principios, fines, programas, caso en los cuales, ciertamente, la decisión administrativa que las concreta y desarrolla recoge el contenido básico

de la regulación y no puede ser leída entonces como un simple acto de ejecución y aplicación de la ley⁹¹.

En la Ley 100 de 1993 aparecen dos ejemplos de cómo el Congreso a través de las leyes se limita a establecer metas sin definir los medios para la realización de las mismas y el tipo de responsabilidad ante su incumplimiento por parte de los responsables, a saber: a) la unificación de los contenidos del POS del régimen contributivo y del régimen subsidiado; b) para el año 2001, según la ley 100, todos los habitantes del territorio nacional debería estar inscritos en el SGSSS⁹².

7.2. El caso de la Ley 972 de 2005

En el año 2003, el representante a la Cámara Ubéimar Delgado presentó un proyecto de ley que tenía como propósito poner fin a las limitaciones que el POS les ponía a los pacientes con VIH en sus tratamientos. Después de hundirse el proyecto en el primer intento, el pasado 20 de junio se aprobó finalmente la Ley 972 de 2005, “por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida”.

Esta ley es una muestra del tipo de decisiones que pueden esperarse del Congreso en materia de protección de los derechos sociales y confirma la hipótesis de la investigación según la cual el Congreso sólo adopta normas de carácter programático, cuya realización efectiva queda en manos del Gobierno Nacional y sus agencias, para el caso el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS).

Así, la ley comentada se limita a establecer los principios que deben orientar la interpretación de lo ya ordenado por la ley, tales como: el respeto y garantía al derecho a la vida, la dignidad humana, la prohibición de marginación o segregación, los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente,

⁹¹ De allí entonces el protagonismo de las agencias de regulación y la necesidad de valorar la legitimidad de las decisiones que ellas producen a partir del ideal democrático de la igual consideración y respeto a todos los miembros de la sociedad.

⁹² Esta problemática no es exclusivamente colombiana; así, según Carlos de Cabo, tales regulaciones normativas cuyo contenido básico es decidido en el ámbito del Gobierno y la Administración no son otras que las relacionadas con el carácter social del modelo político del Estado Social y Democrático de Derecho, que aparece formulado en las constituciones europeas de la segunda posguerra mundial, modelo que a su vez fue adoptado por el constituyente colombiano de 1991 (2000, p. 85 y 88).

el derecho al trabajo, a la familia y al estudio, el tratamiento y rehabilitación del paciente y evitar la propagación de la enfermedad son las tareas fundamentales de las autoridades de salud (Art. 2 de la Ley 972 de 2005), principios que ya estaban consagrados en la Constitución. Además, declara de interés y prioridad nacional del Estado la atención integral a la lucha contra el VIH/SIDA (Art. 1) e institucionaliza el Día Nacional de Respuesta al VIH y el SIDA.

Como ejemplo de órdenes específicas tendientes a materializar el derecho a la salud de los pacientes con enfermedades ruinosas o catastróficas, la mencionada ley trae las siguientes: a) prohíbe a las EPS suspender la atención a este tipo de pacientes cuando perdieran su afiliación por causas relativas a la incapacidad prolongada; b) obliga a la entidad territorial respectiva a atender a dichos pacientes cuando no estén afiliados a la seguridad social y no tengan capacidad de pago; c) finalmente, como conquista importante para el derecho a la salud de los pacientes con enfermedades catastróficas, la ley prohíbe a las “entidades que conforman el Sistema de General de Seguridad Social en Salud” negar, bajo ningún pretexto, la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria a dichos pacientes, “según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”(Art. 3). Como puede apreciarse, en este último punto la ley aprobada no constituye ningún avance en relación con el problema planteado en la investigación, pues la realización efectiva del derecho al tratamiento integral de dichos pacientes queda, una vez más, en manos del CNSSS, con lo que se demuestra que es esta instancia, y no del Congreso, de quien dependen en mayor medida la realización y ampliación del contenido del derecho a la salud.

Finalmente, el carácter programático de la ley aparece también, de manera palpable, en normas como aquella que ordena al Gobierno Nacional diseñar “unas estrategias claras y precisas conducentes a disminuir los costos de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos utilizados en las enfermedades de alto costo” (Art. 4). Disposiciones como esta ni siquiera se aproximan a normas tipo cuadro o marco, en tanto que no establecen los criterios, principios y directivas que deben orientar el diseño de tales estrategias y programas. No contento con lo anterior, cuando el Congreso se dispone a concretar algún tipo de plan o programa ya no lo impone, sino que se limita a facultar al Ministerio de la Protección Social “para poner en marcha un sistema centralizado de negociación de precios y compras” de medicamentos de uso en enfermedades catastróficas (Art. 5); de tal suerte que del lenguaje de la disposición no se deduce un mandato expreso para el Gobierno de implementar este tipo de estrategia, quedando una vez más la última palabra en el Gobierno.

8. El Gobierno Nacional y El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

Según Restrepo, Naranjo y Rodríguez, son tres los organismos que ejercen funciones de regulación, atendiendo a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993. Tales instancias son: el Ministerio de Salud (hoy Protección Social), la Superintendencia Nacional de Salud y el CNSSS. Mientras el Ministerio define políticas y expide normas generales y la Superintendencia ejerce funciones de inspección, vigilancia y control, al CNSSS le corresponde la dirección permanente del sistema de salud, constituyendo una de las innovaciones más importantes introducidas por el sistema de salud colombiano configurado en la Ley 100 (Restrepo, Naranjo y Rodríguez, 2002, p.7).

Según el Art. 156 de la ley 100 de 1993, al Gobierno Nacional le corresponde dirigir, orientar, regular, controlar y vigilar el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Las tareas de control y vigilancia finalmente son realizadas a través de la Superintendencia Nacional de Salud, y las de regulación las realiza el Presidente y el Ministro de Salud (actualmente Ministerio de Protección Social).

No es muy clara la distribución de funciones entre uno y otro. Así, según el Art. 173 de la Ley 100, al Ministerio le corresponde formular y adoptar las políticas, estrategias, programas y proyectos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico, social y ambiental que apruebe el Congreso de la República.

9. ¿Qué hace el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud?

Al Consejo no sólo le corresponde tareas de regulación del mercado de servicios de salud. También le corresponden funciones vinculadas con la financiación de la cobertura universal del seguro público de salud (régimen subsidiado)⁹³, a través de la administración del FOSYGA. De hecho, según Restrepo y Rodríguez (2005, p. 22), buena parte de las fallas del funcionamiento del Consejo se deben al hecho de pretender ser al mismo tiempo un escenario de participación social, de administración de recursos y de regulación⁹⁴.

⁹³ En tanto existe un régimen subsidiado, algunas de sus funciones involucran cierta orientación general sobre la aplicación de recursos públicos para brindar cobertura con el seguro de salud a la población pobre, de tal forma que le corresponde establecer criterios de elegibilidad para acceder al régimen subsidiado y definir fórmulas de distribución de recursos que permitan nivelar las distintas regiones del país en torno a la metas de cobertura (Restrepo y Rodríguez, 2003, p. 8).

⁹⁴ Estos autores proponen que las funciones del CNSSS se limiten a asuntos de regulación en sentido estricto y su composición no responda a grupos de interés.

La definición del plan obligatorio de salud y de la unidad de pago por capitación son los principales instrumentos de regulación dentro del sistema (Restrepo y Rodríguez, 2003:10). A lo anterior se suman otras dos funciones regulativas: la fijación de pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles, y la definición del monto de la cotización de los afiliados.

Así, según la Ley 100 de 1993, las siguientes son funciones del CNSSS:

“ARTÍCULO 172. FUNCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.
2. Definir el monto de la cotización de los afiliados del Sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de esta Ley.
3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro.
4. Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.
5. Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.
6. Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.
7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente Ley.
8. Definir el régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.
9. Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.
10. Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgos catastróficos, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.
11. Reglamentar los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.
12. Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.
13. Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
14. Adoptar su propio reglamento.
15. Las demás que le sean asignadas por Ley o que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Consejo.

PARÁGRAFO 1o. Subrogado por el artículo 120 del Decreto extraordinario 2150 de 1995. El nuevo texto es el siguiente⁹⁵: Las decisiones anteriores que tengan implicaciones fiscales requerirán el concepto favorable de los Ministros de Hacienda y de Salud; y las que tengan implicaciones sobre la calidad del servicio público de la salud requerirán únicamente el concepto favorable del Ministro de Salud.

PARÁGRAFO 2o. El valor de pagos compartidos y de la Unidad de Pago por Capitación - UPC - serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal. En caso que no se haya revisado la UPC al comenzar el año, ésta se ajustará en forma automática en una proporción igual al incremento porcentual del salario mínimo aprobado por el Gobierno Nacional el año inmediatamente anterior.

No son nada despreciables las dimensiones de las competencias asignadas al CNSSS dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Muchas de ellas comportan verdaderas competencias legislativas que trascienden la mera actividad de reglamentación de la ley 100, en tanto muchas de sus decisiones, conocidas formalmente como acuerdos, definen de manera sustancial las normas abiertas e indeterminadas de la ley 100.

10. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como agencia reguladora

10.1. El concepto de regulación: perspectiva funcional

Desde una perspectiva económica, en términos generales, por regulación se entiende la definición del “marco” bajo el cual actúan los agentes económicos, las empresas reguladas y los consumidores de un determinado mercado, así como en hacer que tal “marco” se cumpla. Qué tan amplio o estrecho sea el “marco” y cuáles los fines que se adscriban a la definición del mismo da lugar a determinadas concepciones sobre la regulación.

10.2. Las agencias reguladoras: perspectiva orgánica

En la literatura actual sobre procesos de reforma del Estado, en general, y de la administración pública, en particular, ha emergido con fuerza el concepto de “agencia reguladora”, para referirse a ciertas entidades públicas responsables de políticas de regulación de carácter económico o social y que poseen como

⁹⁵ El texto original de la Ley 100 establecía. “PARÁGRAFO 1o. Las decisiones anteriores que tengan implicaciones fiscales y sobre la calidad del servicio público de salud requerirán el concepto favorable del Ministro de Salud”.

característica principal el desempeño de funciones adjudicativas (resolución de controversias concretas) y reglamentarias (Vázquez, 2006, p. 10).

Lo anterior encuentra su explicación a partir del tipo de procesos de reforma del Estado que han experimentado los países de América Latina desde finales de la década de los ochenta, los cuales se extendieron con algunos matices durante la década de los noventa hasta estos primeros años del nuevo siglo. Estos procesos caracterizados por la apertura económica, las privatizaciones, el achicamiento del tamaño del Estado, etc. requerían de este nuevo tipo de instituciones públicas como es el caso de las agencias reguladoras. Así, según Vázquez (2006, p. 10), en Latinoamérica la creación de este tipo de entidades públicas ha estado vinculado a las políticas neoliberales de la década de los 80. En estos casos hubo un vínculo directo entre la venta de empresas públicas (electricidad, agua, trenes, telecomunicaciones) y la creación de agencias con el fin de regular la prestación de estos servicios en manos privadas.

Es común encontrar que la dirección de la agencia reguladora recae usualmente en una junta o comisión cuyos miembros son nombrados por el Poder Ejecutivo, gozan de periodos fijos y extendidos⁹⁶, y su destitución está limitada a causales y procedimientos determinados por la ley⁹⁷. Estas exigencias, teóricamente, apuntan sin duda a garantizar la independencia de las agencias frente a las políticas coyunturales de los Gobiernos, cuyo escenario natural son los Ministerios y Departamentos Administrativos. Esta independencia suele justificarse a partir del tipo de responsabilidades que se les atribuía, las cual suponían un tipo de decisión que debía recaer en expertos y no en funcionarios políticos (Vázquez, 2006, p. 10)⁹⁸.

En definitiva, pareciese entonces que las agencias reguladoras son una especie del género *organismos autónomos*, al cual pertenecen instituciones públicas como el Banco de la República, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría, la Contraloría, la Organización Electoral y, por supuesto, las agencias reguladoras (tales como la comisiones de regulación de servicios públicos y la Comisión Nacional de Televisión). Todas estas instituciones públicas tienen en común el “aspirar a una situación de aislamiento respecto al quehacer político del poder ejecutivo” (Vázquez, 2006, p. 10).

⁹⁶ Los periodos usualmente se extienden más allá de los mandatos electorales (Vázquez, 2006, p. 10).

⁹⁷ La destitución de sus miembros no puede responder a la mera voluntad del gobierno (Vázquez, 2006, p. 10).

⁹⁸ Además, esta tendencia a crear entidades públicas con cierto grado de autonomía frente al Gobierno Central tiene como premisa común la desconfianza respecto a la influencia del proceso político en el desempeño de determinadas funciones públicas, al respecto ver William Vázquez (2006, p. 17).

¿Qué es entonces lo que diferencia a las agencias reguladoras de los otros *organismos autónomos*? Vásquez propone una clasificación funcional de los mismos, la cual explica, en parte, el grado e intensidad de la autonomía frente al Gobierno central. Así, los organismos autónomos pueden tener funciones de: a) regulación, b) fiscalización y control, c) administración gubernamental y d) servicios. De tal suerte que, las posibilidades de control e influencia del poder ejecutivo sobre estos órganos cambian si estamos frente a un órgano con funciones de fiscalización, como es el caso de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría y la Contraloría, o si estamos frente a un órgano con funciones de regulación como es el caso de la CNSSS o las comisiones de regulación de servicios públicos o la Comisión Nacional de Televisión, habiendo más autonomía en los órganos con funciones de fiscalización y control que en aquellos con funciones de regulación.

Pasando a la caracterización del CNSSS a partir de lo anteriormente expuesto, debemos preguntarnos qué tan aislado está la CNSSS del Gobierno central. Cómo veremos a continuación el CNSSS no es típicamente una agencia de regulación tanto desde la perspectiva funcional como orgánica. Quizá un fuerte obstáculo deviene de su falta de independencia frente al Gobierno.

11.El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como escenario de “concertación”

Algunos autores caracterizan al CNSSS como escenario de concertación entre el Gobierno, las administradoras del seguro obligatorio, las instituciones prestadoras del servicio de salud, los gremios y los trabajadores. El CNSSS es la expresión de un cierto modo de institucionalización de la negociación de compromisos explícitos entre clases sociales y actores económico.

En el informe “Report on Colombia Health reform and proposed master implementation plan” del año 1996, elaborado por un equipo de la Universidad de Harvard, aparece descrito el papel asignado al CNSSS dentro del sistema nacional de salud en los siguientes términos: “The National Council is designed to be a policy-making body, representing the major interests in health and the government, and providing a forum for making and legitimizing policy decisions about the health reform” (Restrepo y Rodríguez, 2003, p.11).

Así las cosas, el CNSSS está integrado por:

- El Ministro de Salud
- El Ministro de Trabajo y Seguridad Social
- El Ministro de Hacienda y Crédito
- Un representante de las entidades departamentales
- Un representante de las entidades municipales de salud
- Dos representantes de los empleadores (uno de los cuales representará la pequeña y mediana empresa y otras formas asociativas)
- Dos representantes de los trabajadores (uno de los cuales representará a los pensionados)
- El representante legal del ISS
- Un representante de las EPS: muchos representantes de las EPS fueron previamente ministros de salud y viceversa (De Currea-Lugo, 2003, p. 122).
- Un representante de las IPS
- Un representante de los profesionales de la salud
- Un representante de las asociaciones de usuarios del sector rural.

Sector	Gobierno Nacional	Gobiernos territoriales	Empresas del sector privado	Usuarios
Representantes	1. Ministro de Salud 2. Ministro de Trabajo y Seguridad Social 3. Ministro de Hacienda y Crédito 4. Representante legal del ISS	1. Representante de los Departamentos 2. Representante de los municipios	1. Representantes de las EPS 2. Representante de las IPS 3. Representante de la pequeña y mediana empresa 4. Representante de la gran empresa 5. Representante de los profesionales de la salud	1. Representantes de los trabajadores 2. Representantes de los pensionados 3. Representante de las asociaciones de usuarios del sector rural
Porcentaje de miembros del sector	28.57%	14.28%	35.71%	21.42%
Método de elección	Libre nombramiento del presidente	Son escogidos por la respectiva conferencia de secretarios de salud	Postulación: a las organizaciones mayoritarias jurídicamente reconocidas le corresponde presentar 3 candidatos Elección: es competencia del Gobierno Nacional bajo criterios de calidad y experiencia laboral	Postulación: a las organizaciones mayoritarias jurídicamente reconocidas le corresponde presentar 3 candidatos Elección: es competencia del Gobierno Nacional bajo criterios de calidad y experiencia laboral
Periodo	El tiempo que duren en el cargo público respectivo		Fijo de dos años prorrogable	Fijo de dos años prorrogable

Miembros con voz pero sin voto

Asesores permanentes	Invitados
Esta figura es de creación legal (Art. 171, parágrafo 3º de la Ley 100 de 1993)	Esta figura fue creada por el propio Consejo quien tiene la facultad de adoptar su reglamento interno. Actualmente se encuentra regulada en el Art. 2º del Acuerdo 219 de 2002.
<ol style="list-style-type: none"> 1. Academia Nacional de Medicina 2. Federación Médica Colombiana 3. Asociación Colombiana de Facultades de Medicina 4. Asociación Colombiana de Hospitales 5. Facultades de Salud Pública 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El Superintendente Nacional de Salud 2. El Viceministro de Salud 3. Un delegado del Departamento Nacional de Planeación 4. Un representante de las Cajas de Compensación Familiar 5. Un representante de las Empresas Solidarias de Salud 6. A solicitud de 5 miembros el Consejo podrá invitar a sus sesiones a funcionarios del Ministerio de Salud, de otras entidades públicas, miembros de organismos internacionales y representantes de entidades privadas cuando la discusión de un tema particular lo amerite. Estas personas podrán ser invitadas por el Ministro de Protección Social, en su calidad de Presidente del Consejo, sin que medie aprobación por parte del Consejo.

De otro lado tenemos que el CNSSS cuenta con un organismo asesor. Se trata del Comité técnico de medicamentos, creado mediante el Acuerdo 51 de 1997, Art. 1, cuya función es “estudiar y recomendar los criterios que deben regir el proceso de actualización del listado de medicamentos esenciales incluidos en el plan obligatorio de salud”.

Este comité está integrado de la siguiente forma:

- Un delegado del INVIMA
- Un representante del Colegio Nacional de Químicos Farmacéuticos.
- Un médico internista
- Un profesional de la salud representante de la asociación mayoritaria de IPS
- Un profesional de la salud con especialización en ciencias económicas
- Un representante de la asociación mayoritaria de EPS
- El director de estudios económicos e inversión pública del Ministerio de Salud
- El Subdirector de servicios farmacéuticos y de laboratorios del Ministerio de Salud

5.1. Los intereses representados en el CNSSS

Desde la propia conformación del CNSSS aparece claro que los actores que participan en el sistema de salud tienen intereses particulares, diferentes y contrapuestos. Esto es consecuencia del tipo de sistema de salud adoptado. Así, “La transformación de los sistemas de salud hacia esquemas contractuales en donde el Estado va tomando un papel arbitral, apartándose de la prestación y el aseguramiento para delegarlo en compañías privadas, ha dado lugar a un nuevo escenario político” (Gómez, 2005, p. 76).

A continuación pasaremos a examinar los intereses que es esperable que cada actor defienda.

5.1.1. Los trabajadores organizados y el derecho a la salud

Los derechos sociales y económicos, al menos para el contexto de la Europa occidental de la segunda posguerra, “son el resultado de la lógica de resolución del conflicto social cristalizada en el pacto keynesiano”, según el cual, por un lado, “el trabajo aceptaba la lógica del beneficio privado y la preeminencia del mercado como instrumento central del crecimiento económico”, mientras que, de otro lado, el capital reconocía “la necesidad de internalizar mediante bienes público —derechos sociales y económicos— las externalidades y costes sociales del crecimiento económico en procesos de arbitraje, negociación y pacto social realizados de manera corporatista —por organizaciones de representación de intereses— dentro del propio Estado (Alonso, 2000, p. 167).

Todo este proceso de surgimiento y expansión de cierta *ciudadanía social* estuvo acompañado de la presencia en la escena política de una clase obrera fuertemente homogenizadas y solidarizadas por la gran planta industrial y la prioridad del pleno empleo como componente de la política económica keynesiana; de tal suerte que resultaba indiscutible la centralidad del trabajo en la definición de la ciudadanía. Pero hoy, cuando en las sociedades de la periferia, como es el caso de Colombia, los sindicatos han perdido presencia de la escena política, el pleno empleo es una ilusión y el trabajo se hace más precario, los movimientos sociales que expresan los intereses de los trabajadores no dan cuenta necesariamente de las demandas de aquellos excluidos del mercado laboral, para el caso del sistema de seguridad social en salud vendrían a ser los vinculados.

Los intereses de los trabajadores organizados en sindicatos no coinciden necesariamente con los intereses de los usuarios y de los movimientos de derechos humanos. Así, los trabajadores de la empresa estatal de petróleos buscaron proteger sus beneficios extraordinarios y así quedar excluidos de algunas regulaciones de la ley 100.

5.1.2. Los gremios del sector de la salud

Los gremios son uno de los grupos de presión más relevante dentro del sistema de salud. Los gremios son definidos como aquella “organización sin ánimo de lucro que busca representar y fomentar los intereses de los empresarios de cierto sector de la economía en el proceso político”⁹⁹ (Rettberg, 2003, p. 253).

Los grupos de interés o grupos de presión son expresión de cierto tipo de intermediación no partidista de intereses. Los grupos de interés se caracterizan por: a) no hacen parte del gobierno, b) el fin de su acción colectiva es influir en la agenda y decisiones públicas con miras a la realización de sus intereses de grupo¹⁰⁰, c) No acceden al poder, a diferencia de los partidos políticos, a través de campañas políticas, d) sus formas de acción son sigilosas, se valen del cabildeo¹⁰¹.

La capacidad de influencia de cada grupo depende de su concentración de recursos de poder y de su habilidad para emplearlos. Entre tales recursos se destaca el acceso oportuno a la información técnica relevante para los debates en los que se deciden las políticas públicas que interesan al respectivo grupo, de tal suerte que es usual que dichos grupos cuenten con grupos de expertos e investigadores reconocidos.

⁹⁹ Como bien lo anota la citada investigadora, la actividad de los gremios no se limita a la representación de los intereses del respectivo sector económico en los canales formales de participación política en los que tienen asiento (como el caso del SENA y el Consejo Nacional Laboral), sino que también se ocupan de prestar cierto tipo de servicios a sus afiliados la mayoría de ellos relacionados con el acceso a información del sector y capacitación y cursos de actualización; además, expresan opiniones públicas en asuntos de relevancia para el sector (Rettber, 2003, p. 253, nota No. 2).

¹⁰⁰ En todo caso, los grupos de interés tienden a presentar sus prioridades e intereses como necesidades de la sociedad en general (Gómez, 2005, p. 70).

¹⁰¹ Las acciones de los interesados tienden a ser sigilosas o encubiertas, son pobremente controladas por la ciudadanía, permitiéndoles la captura de la agenda pública” (Gómez, 2005, p.63).

La participación de este tipo de actores en los escenarios de decisión política puede traer consigo tanto efectos positivos como negativos. Así, en relación con los primeros tenemos que su actividad puede fortalecer la democracia en tanto pueden exponer puntos de vistas distintos a los oficiales o a las posiciones partidistas y, en ocasiones, pueden defender puntos de vista favorables a los derechos humanos (Gómez, 2005:63)¹⁰². Quizás esto último sea esperable de las prácticas emancipatorias de los movimientos sociales y no de las gestiones de cabildeo y lobby de los grupos de interés. Parte de las bondades democráticas de la participación en la política de los grupos de interés dependen la efectiva competencia equitativa entre distintos grupos. Pero la experiencia ha mostrado que tales condiciones de equidad entre los grupos no se han dado, ni mucho menos entre estos y el resto de la sociedad.

De otro lado, los críticos del activismo político de los gremios afirman que la exclusión del empresariado del proceso de toma de decisiones evita que se contamine de intereses particulares. Para los críticos, los gremios son organizaciones rentistas, que introducen la ineficiencia y limitan la sana competencia de las fuerzas del mercado sin compensar ante sus afiliados con servicios que fomenten su competitividad o su representación.

Para los defensores del activismo político de los gremios no cualquier tipo de organización empresarial conviene al desarrollo. Las ventajas en términos de desarrollo y estabilidad de las políticas públicas se esperan sólo de la participación en política de cierto tipo de gremios. Así, según Rettberg (2003, p. 255), las asociaciones multisectoriales¹⁰³ y englobantes, es decir, aquellas en las que se encuentra representados los principales actores de la economía, son particularmente aptas para dejar de lado los intereses particulares y proponer programas económicos de alcance nacional. Y este no es el caso de los gremios del sector de la salud, puesto que desde la perspectiva del subsector económico representado son gremios bastante pequeños, pero densos.

¹⁰² Desde una evaluación no democrática, la presencia de los gremios o asociaciones empresariales sectoriales en el proceso político facilita el desarrollo económico y la estabilidad de las políticas públicas (Rettberg, 2003, p. 255). “Como lo sugiere una vasta literatura sobre el papel del Estado en el desarrollo económico de los países en vías de desarrollo, la capacidad de desarrollo de los países no depende necesariamente de aislar el Estado de la tentación explotadora de la clase empresarial, como seguiría de un enfoque concentrado en la relación rentista entre las élites económicas y los clepto-Estados del Tercer Mundo”. Por el contrario, según esta perspectiva, la capacidad estatal depende, en buena medida, de sólidos lazos público-privados.

¹⁰³ Es posible distinguir gremios multisectoriales y gremios sectoriales, estos últimos representan un sector específico y nada más que ese sector.

De otro lado, tenemos que aquellas asociaciones con mayor densidad de afiliados (porcentaje del total de la producción del sector representado en el gremio) y con capacidad de ofrecer servicios y canalizar intereses de sus miembros tienen mayor probabilidad de obrar de forma cohesiva, superar las divisiones internas e incidir en las políticas estatales” (Rettberg, 2003, p. 255). Además, entre más pequeño el gremio su campo acción varía, sus preocupaciones abandonan el terreno de la política macroeconómica, de los problemas de crecimiento y desarrollo económico, para ser ocupadas por intereses estrictamente sectoriales. Todas éstas sí son condiciones, como veremos, que reúnen los gremios del sector de la salud.

Finalmente, el concepto de *grupos de asociación institucionalizados*, propone Gabriel Almond y Bingham Powell (citado por Gómez, 2005, p. 64), resulta útil para describir buena parte de las prácticas de los grupos de presión que intervienen en el sistema de salud colombiano. Este tipo de grupos se caracterizan por disponer de recursos económicos propios, encargar sus iniciativas a un grupo pequeño de profesionales en el arte del cabildeo, poseer información técnica relevante para participar en las discusiones, y preferir el silencio y el secreto, pero ocasionalmente acuden a los medios de comunicación.

Como una característica estructural del sistema político colombiano que tiene efectos en el tipo de relación que se presenta entre el Congreso y la protección de los derechos sociales tenemos que “la política partidista no tramita, es decir, no expresa, ni es ámbito de mediación de los conflictos sociales”. Como correlato de lo anterior, tenemos que la política partidista no fue el mecanismo a través del cual las clases dominantes expresaron e hicieron valer sus intereses; en su lugar, dichas clases recurrieron a organizaciones semi-privadas: los gremios.

5.1.2.1. Los gremios del sector asegurador (EPS Y ARS)

Los empresarios privados también tienen intereses diferentes, puesto que el sistema distingue entre las actividades de actividades de aseguramiento y prestación del servicio médico, los intereses específicos de las entidades promotoras de salud (aseguradoras) y las instituciones prestadoras de salud (prestadoras del servicio) tampoco coinciden, aunque las decisiones y acciones de ambas estén orientadas por al ánimo de lucro o utilidad.

Las EPS, que pueden ser privadas, públicas o mixtas, se encargan de la afiliación, el registro de los afiliados al régimen contributivo y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del FOSYGA. Cada EPS por cada afiliado recibe un precio o prima,

que se conoce como unidad de pago por capitación (UPC)¹⁰⁴, que se destina a cubrir el valor del POS y los gastos de administración del mismo. De tal suerte que, teóricamente, las mayores utilidades de las EPS provienen de priorizar las estrategias de prevención y promoción de la salud y de “gestionar la atención en salud con prácticas médicas o tecnológicas de bajo costo” (Restrepo y Rodríguez, 2005, p.10).

Por su parte, las ARS administran la afiliación de la población al régimen subsidiado y sus ingresos provienen de la contratación con municipios y departamentos. Ambos están obligados a garantizar el POS y el POS-S a los afiliados respectivamente.

Las EPS de carácter privado se mueven bajo intereses particulares, privados, egoístas, basado en el ánimo de lucro¹⁰⁵. Esto se explica en parte en las dinámicas propias del mercado de la salud. Que el mercado de la salud, más que mediado por la oferta y la demanda, esté regulado por el Estado con un marco de gastos definidos en el costo de la UPC, obliga a las EPS a reducir costos mediante el concepto de volúmenes de producción, márgenes de rentabilidad, tablas de rendimiento del personal y estándares de manejo (protocolos de manejo). Es decir, el sistema con regulación estatal, UPC estable y general y participación privada, hace que se establezca una competencia basada en el diseño y la aplicación de indicadores de productividad y formas de administración que tienden a garantizar, ante todo, la supervivencia financiera del Sistema y, en el caso del capital privado, las ganancias correspondientes (De Currea-Lugo, 2003, p. 195).

El problema de la poca fluidez de los pagos, el cual consiste en que los intermediarios del sistema retienen los dineros más tiempo del debido, muestra el tipo de intereses que mueven a los agentes privados del sistema. Así, tenemos que este fenómeno es explicado en parte a partir del interés de los intermediarios de sacarle el mayor fruto posible a los rendimientos financieros, ingeniándoselas para aplazar los giros. Según González (2002, p. 23), las aseguradoras estaban reteniendo los recursos 525 días en promedio.

Otra muestra de lo anterior se presentó cuando, una vez incluido en el POS los medicamentos para los pacientes de VIH/SIDA, las EPS intentaron filtrar este tipo

¹⁰⁴ Para evitar la selección adversa, la UPC es ajustada según el riesgo del afiliado por edad, género y ubicación geográfica. Además, las EPS reciben pagos adicionales a la UPC en casos de licencias por enfermedad y maternidad, y ciertos riesgos son cubiertos por seguros especiales obligatorios como es el caso de los riesgos profesionales, accidentes de tránsito y eventos catastróficos (Restrepo y Rodríguez, 2005:8).

¹⁰⁵ Para el año de 1995 la mayoría de las 10 primeras EPS autorizadas tenían su origen en empresas privadas de medicina prepagada¹⁰⁵ y en los grupos económicos más poderosos.

de pacientes mediante la exigencia de exámenes de VIH a las personas que solicitaran la afiliación. Además, representantes de las EPS en su momento demandaron ante el Consejo de Estado la constitucionalidad del Art. 40 del Decreto 1543 de 1997, que establecía la prohibición de exigir pruebas diagnósticas para el VIH como requisito de acceso a la cobertura respectiva de protección (De Currea-Lugo, 2003, p. 183)¹⁰⁶.

Finalmente, otra muestra más del tipo de intereses y argumentos de las EPS privadas viene de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI). Esta organización criticó la protección jurídica al tratamiento integral de las enfermedades de alto costo buscada por la Ley 972 de 2005, en tanto dicha ley estaba legislando para una minoría, aproximadamente un millón de colombianos padecen enfermedades de alto costo (Revista Cambio, Agosto, 2005¹⁰⁷). En declaraciones a la Revista Cambio, el Presidente de la Acemi, Augusto Galán Sarmiento, afirmó que incluir en el POS los medicamentos de última generación costaría 350.000 millones de pesos, cantidad con la cual podrían afiliarse 1.7 millones de usuarios cada año al sistema de seguridad social, frente a lo cual se pregunta: “¿Cuál es la prioridad en este país donde los recursos son escasos y cuando tenemos entre 12 y 14 millones de colombianos por fuera del régimen?”.

5.1.2.2. Los gremios del sector de la prestación de los servicios de salud (IPS)

A las IPS les corresponde la prestación de los servicios de salud. Ellas pueden ser de naturaleza pública, privada, mixta, comunitaria o solidaria. En concreto, son hospitales, consultorios, laboratorios, centros de atención básica, etc., que pueden pertenecer a una EPS o ser independientes de ella.

Sus intervenciones en escenarios como el CNSSS y su Comité Técnico de Medicamentos van dirigidas a la adopción de decisiones que impliquen una disminución de sus costos. Esto encuentra explicación en las propias

¹⁰⁶ Mediante el Decreto 1543 de 1997, el Gobierno Nacional incorporó algunas decisiones de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos de los pacientes con VIH/SIDA. Así, el Art. 40. establece que “por ser la salud un bien de interés público y un derecho fundamental, las entidades de medicina prepagada, aseguradoras, promotoras o prestadoras de servicios de salud, sean públicas o privadas, no podrán exigir pruebas diagnósticas de laboratorio para el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como requisito para acceder a la cobertura respectiva de protección. La condición de persona infectada por no corresponder a la noción de enferma, no podrá considerarse como una condición patológica preexistente, tampoco se podrán incluir cláusulas de exclusión”.

¹⁰⁷ <http://www.cambio.com.co/html/articulos/3787/>

características del mercado de servicios de salud. Así, “la existencia de aseguradores que compiten por un mayor número de afiliados para asegurar su rentabilidad genera serias presiones sobre todo el sistema. Estos aseguradores sólo pueden tratar de disminuir costos para obtener el mayor plusvalor. Y esto lo hacen presionando a los prestadores por medio del control de las tarifas y de las formas de contratación. Éstos, a su vez, presionan sobre los profesionales y los trabajadores del sector, para tratar de reemplazar con tecnología los gastos de personal”¹⁰⁸ (Hernández, 2000, p. 11).

Además, según Restrepo y Rodríguez (2005, p.10), como la determinación anual de la UPC se realiza con base en el equilibrio financiero del sistema, en tanto el criterio empleado ha sido el incremento en el salario mínimo como indicador del comportamiento de las cotizaciones en el caso del régimen contributivo, sin atender a los costos reales del POS, se ha generado presión sobre las IPS, reduciendo así la calidad de los servicios.

5.1.2.3. Las asociaciones de profesionales de la salud.

Los profesionales de la salud también se mueven por intereses específicos, tales como la mejora de las condiciones laborales. Por ejemplo, algunas decisiones del CNSSS de incluir nuevos procedimientos en el seguro subsidiado que permiten incrementar los ingresos de los hospitales de segundo y tercer nivel, al parecer, fue el resultado de las presiones de los trabajadores del sector de la salud quienes presionaron aumentos salariales a través de la amenaza de huelga.

5.1.3. Los usuarios

Sin duda, su participación favorece el debate y la formación de una opinión pública autónoma. Pero, también importa que el peso de su voto sea equiparable al peso del voto de los demás sectores que son representados.

Los usuarios representan también un sector dividido en términos de intereses. Uno es el interés quienes han accedido a la seguridad social por cualquiera de los dos regímenes, el cual consiste en una mejor calidad y extensión de los servicios a los que ya tienen acceso. Aquí es posible, entonces, ubicar las demandas por la ampliación del POS a ciertos servicios no incluidos inicialmente. Otro es el interés

¹⁰⁸ Esta situación es posible porque en el sistema de seguridad social en salud de la ley 100 las tareas de administración-aseguramiento y prestación están separadas, las primeras le corresponden a las EPS y las segundas a las IPS.

de las personas quienes aún no han accedido a la seguridad social y sólo participan en la calidad de vinculados, cuyo interés principal es la cobertura.

La participación social en el sistema se concentra cada vez más en la defensa de los derechos contractuales. Es decir, el sistema promueve la transformación de los ciudadanos en consumidores, quienes se comportan como individuos aislados y se apegan a los pocos mecanismos establecidos, tales como las quejas y reclamos en la Superintendencia Nacional de Salud, las veedurías y las acciones de tutela.

5.1.4. Los empleadores

También es diferente el interés de los empleadores, el cual está del lado de una mayor reducción de la parafiscalidad a efectos de la reducción de los costos laborales (Rettberg, 2003, p. 260, nota No. 9).

5.1.5. El Gobierno Nacional

En relación con el Gobierno, la cuestión de los intereses efectivamente representados resulta más complicada. Debe distinguirse entre los intereses representados por el Gobierno Nacional y los representados por los gobiernos departamentales y municipales.

Teóricamente el interés del Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud, es un interés de tipo colectivo que es formulado de múltiples formas. Para algunos consiste en “alcanzar las mejores condiciones de salud de la población” o la “eficiencias del sistema de seguridad social en salud”, etc. Pero lo cierto que es los gobiernos son capturados por intereses particulares, o si se quiere, por intereses distintos a los normativamente esperados. Así, compromisos internacionales con los organismos de crédito internacional introducen fuertes incentivos para que el gobierno defienda recortes de gasto en búsqueda de cumplir con las metas de reducción del respectivo déficit fiscal¹⁰⁹.

¹⁰⁹ No es posible esperar un compromiso con el contenido emancipatorio del texto constitucional por parte de los gobiernos, pues “mientras la Constitución, en cierta medida, exigía más Estado y una intervención redistributiva de las autoridades, los gobiernos ponían en marcha planes de desarrollo que tendían a disminuir la presencia social del Estado y a favorecer los mecanismos de mercado en la asignación de recursos” (García y Uprimny, 2004, p. 476).

5.1.6. Movimientos sociales y el derecho a la salud

Está claro que los movimientos sociales son en parte grupos de interés, pues comparten algunas características. Así, los movimientos sociales también busca influir las decisiones políticas y tampoco acceden al poder a través de campañas electorales. Pero también existen grandes diferencias entre los mismos; así, la acción colectiva de los movimientos sociales es preferente pública, en el sentido de visible, de expuesta a los ojos del público espectador. Además, la extensión de los intereses de unos y otros da pistas para diferenciarlos. Mientras los intereses de los movimientos sociales resultan de intereses comunes al interior de segmentos sociales amplios (definidos en ocasiones por razones de raza, género, cultura o etnia), los grupos de presión representan intereses más estrechos vinculados a sectores específicos de la producción tales como gremios económicos o laborales¹¹⁰.

A los grupos numerosos les resulta más difícil organizarse, tienen más costos de comunicación, contradicciones y diferencias de clases que los grupos pequeños (Gómez, 2005, p. 68). Este tipo de factores explican por qué no son viables organizaciones sociales que representen a los desempleados o, para el caso del sistema de salud, a los usuarios y a quienes no han accedido al sistema.

Finalmente, como bien lo anota Conrado Gómez, “la debilidad de la participación ciudadana y la democracia en los países subdesarrollados se convierte en un vacío ocupado por los grupos económicos y de presión, las asociaciones de profesionales y los sindicatos. A la población le queda como vía efectiva de participación elegir una aseguradora o una empresa a la cual afiliarse” (2005, p. 75-76).

5.2. Las discusiones al interior del CNSSS: la preponderancia del Gobierno Nacional en la dinámica del Consejo Nacional de Seguridad Social

Las dinámicas al interior del CNSSS se caracterizan por la fuerte presencia y predominio del Gobierno en las discusiones. Esto es explicable a partir de las siguientes razones:

¹¹⁰ En 1965 Jean Meynaud (citado por Gómez, 2005, p. 64) distinguió dos tipos de grupos de presión, algunos (tales como sindicatos, corporaciones profesionales, asociaciones de consumidores, etc.) corresponden a lo que denominó organizaciones profesionales, los cuales se caracterizan por buscar ventajas materiales; otros grupos, que denominó agrupaciones de vocación ideológica (tales como grupos religiosos, patrióticos, defensores del medio ambiente, de los derechos de las mujeres, etc.).

- Los miembros no gubernamentales del Consejo son elegidos por el Gobierno Nacional (Presidente y Ministro de Protección Social) bajo criterios sin especificación (Restrepo y Rodríguez, 2005, p. 24).
- En caso de empate en las votaciones, la mayoría es definida por el voto del Ministro de Protección Social (Restrepo y Rodríguez, 2005, p. 24).
- El Ministro de Protección Social y el Ministro de Hacienda tienen poder de veto sobre decisiones que impliquen recursos fiscales con efectos macroeconómicos (Restrepo y Rodríguez, 2005, p. 24).
- El CNSSS dependencia técnica de los estudios realizados por el Ministerios de Protección Social (Restrepo y Rodríguez, 2005, p. 24).
- Los miembros del Consejo “no cuentan con la adecuada capacidad de evaluación de las propuestas, pues su dedicación a los estudios del sistema es marginal, excepción hecha por los gremios que cuentan con su propio personal técnico para apoyar su análisis” (Restrepo y Rodríguez, 2005, p. 24).

Además, Afirmaba Norberto Bobbio (1989, p. 164), citando a Max Weber, que “allí donde se confrontan grupos de interés, el procedimiento normal para alcanzar la decisiones colectivas es el compromiso entre las partes y no la regla de mayoría que es la regla de oro para la formación de decisiones colectivas en cuerpos constituidos por sujetos que se consideran inicialmente iguales”.

En escenarios de toma de decisiones colectivas dominados por grupos de interés, la regla de mayoría termina tendiendo un valor puramente formal de ratificación de decisiones tomadas en otro lugar mediante el procedimiento de la contratación. Esta observación de Weber, que hizo a propósito del Estado estamental, puede ser útil para describir el tipo de prácticas que conducen a las decisiones adoptadas por el CNSSS, producto del tipo de representación ya señalado.

Finalmente, como resultado de la conformación del CNSSS a partir de la representación de intereses corporativos y/o gremiales, en las discusiones del Consejo no aparece el conocimiento experto (Restrepo y Rodríguez, 2003, p.15).

5.3. La problemática legitimidad democrática del CNSSS

En la teoría liberal del Estado, la legitimidad democrática de la actividad de la Administración Pública tiene origen en: a) la elección de la cabeza visible de la Administración (Presidente o Primer Ministro) por medio de los procedimientos de la democracia electoral (elecciones competitivas, periódicas y sufragio universal); b) el sometimiento de la Administración Pública al control político de la asamblea representativa (Parlamento o Congreso); y c) el sometimiento de la actividad de toda la Administración al principio de legalidad, cuya garantía de realización quedaba en la posibilidad de los ciudadanos de controvertir judicialmente las actuaciones ilegales de la Administración. Si la actividad administrativa consistía en la mera ejecución de la ley, la cual a su vez se consideraba la máxima expresión de la democracia, entonces, la actividad de la Administración devenía también democrática, es decir, tal carácter democrático estaba garantizado en el estricto sometimiento de la Administración a la ley democrática.

Así legitimada democráticamente la Administración, no había lugar a consideraciones derivadas de las ideas de la democracia participativa y, mucho menos, de la concepción deliberativa de la democracia. Bajo esta concepción, no hay espacio para pensar en formas de intervención y control directas por parte de la ciudadanía, ni para preguntarse por el tipo de intereses efectivamente representados en los espacios de decisión de la Administración o por el tipo de racionalidad que impera en los argumentos que se plantean en tales espacios.

Es cierto que la legitimidad democrática del CNSSS no puede ser evaluada con los mismos estándares y criterios con los cuales deberíamos evaluar al Congreso, puesto que tienen funciones distintas y diferenciados niveles de discrecionalidad política. No podemos perder vista que el CNSSS actúa en el “marco” de lo permitido y prohibido por la ley. En todo caso, en la medida en que sus competencias normativas no son equiparables a una estricta actividad de reglamentación, que pueda derivar su legitimidad de la sumisión a la ley, esa sí democrática, sigue siendo útil confrontar su práctica con los ideales normativos de la deliberación pública y la representación plena.

Asumo aquí que la toma de decisiones imparciales constituye un componente importante de cualquier sistema institucional que se precie de ser democrático; y que una realización de los ideales de la deliberación pública y la representación plena contribuye a que las decisiones colectivas tiendan a ser imparciales. Entiendo por decisión imparcial aquella decisión que no es abiertamente sesgada.

A continuación paso a responder los siguientes interrogantes ¿Qué entendemos aquí por “representación plena” y cómo contribuye esta a la adopción de decisiones más imparciales? ¿Qué entendemos aquí por “deliberación pública” y cómo contribuye a la adopción de decisiones más imparciales?

5.3.1. La discusión pública y la representación plena con criterios relevantes de la legitimidad democráticas del CNSSS

Los ideales de la representación plena y de la discusión pública convergen en el concepto de “democracia deliberativa”. Según Jon Elster (2001, p.21) la gran mayoría de concepciones de la democracia deliberativa comparten dos ideas básicas: a) en la toma de decisiones colectivas deben participar todos los que han de ser afectados por la decisión o sus representantes; y b) las decisiones colectivas deben ser tomadas después del intercambio de argumentos y los participantes deben estar comprometidos con los valores de la racionalidad y la imparcialidad. Pues bien, estos dos componentes del concepto de democracia deliberativa coinciden con lo que aquí llamamos ideales de la representación plena y la discusión pública.

Un escenario de toma de decisiones políticas puede llamarse “plenamente representativo” cuando todos los posibles afectados por las decisiones que allí se adopten tienen un representante, es decir, alguien que hable por ellos y esté comprometidos con la defensa de sus intereses¹¹¹. Que lo anterior se de en la práctica contribuye a que tratemos las preferencias de otras personas como si fueran nuestras. En ocasiones, afirma Roberto Gargarella (2001, p. 324), dejamos de satisfacer esta exigencia de imparcialidad, por un problema epistémico consistente en la dificultad de conocer los intereses de otras personas y ponernos en su lugar. Además, la representación plena contribuye a resolver el problema de la falta de motivación para tomar en serio el interés del otro, especialmente cuando esté en conflicto con el propio. Así por ejemplo, parafraseando un ejemplo de Christine Boyle (citada por Gargarella, 2001, p.325), deberíamos preguntarnos si confiaríamos en una decisión limitadora de los planes básicos de salud adoptada mayoritariamente por representantes y agentes de las EPS en el CNSSS, aun cuando aquellos conociera y entendieran los intereses de los usuarios en una mejor calidad de los servicios de salud. Claro que no diría Boyle¹¹², porque en caso de conflicto entre los intereses de las EPS y el de los

¹¹¹ Según Roberto Gargarella, siguiendo a Pitkin (2001, nota N° 2, p. 340), cuando decimos tener un representante es porque éstos se muestran abiertos y sensibles a nuestras demandas; por lo tanto, no deberían ser completamente independientes de nuestras preferencias e intereses ni directamente subordinados a ellos.

¹¹² En el caso específico propuesto por Boyle (citada por Gargarella, 2001, p. 325) la respuesta sería que “incluso si los blancos pudieran entender los intereses de las mujeres y de los negros, no puede confiarse en ellos para que los promuevan... la razón no es necesariamente que los hombres no entiendan los intereses de

usuarios, los representantes de las primeras no tendrían motivación o interés para comprometerse con la defensa de los intereses de los segundos.

De otro lado, según Amy Gutmann (2004, p. 276 y 277), “la deliberación se entiende más adecuadamente como el toma y daca de las discusión pública con la finalidad de tomar una decisión para guiar la acción que pueda ser justificada frente a las personas obligadas por ella”¹¹³. La deliberación pública contribuye a la imparcialidad al menos por las tres siguientes razones (Gargarella, 2001, p. 324): a) contribuye a resolver problemas de ignorancia respecto de los intereses o preferencias reales de otros; b) al obligar a una persona a modificar su argumento a fin de volverlo aceptable para otras, deja traslucir los argumentos meramente interesados; y c) ayuda a la gente a descubrir los errores fácticos y lógicos en su razonamiento, a clarificar la propia posición.

Una precisión final acerca de la democracia deliberativa. Esta idea del valor epistémico de la democracia reconoce que las mayorías también se equivocan. Así lo afirma Carlos S. Nino, uno de los más agudos defensores de la democracia deliberativa y de una justicia constitucional comprometida con la promoción de la deliberación; al respecto afirma el profesor Argentino que:

la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos (texto original sin subrayas)

En síntesis, la democracia, aunque es un procedimiento falible, tiende a generar decisiones correctas, y lo hace en mayor grado que cualquier otro procedimiento alternativo.

5.3.2. El déficit democrático del CNSSS

En relación con los intereses representados en el CNSSS no están todos los que deberían estar y los que sí están tienen exceso de “voz y voto”, es decir, están sobre representados. Los siguientes interrogantes apuntan a especificar esta

las mujeres, sino más bien que en algún punto los miembros del grupo sienten que alguien que pertenece a otro experimenta tal conflicto de intereses que la representación es imposible, o al menos improbable”.

¹¹³ De ahí que, por ejemplo, los académicos discuten pero no deliberan, porque cuando discuten no tienen el propósito de tomar una decisión destinada a guiar la acción.

crítica: ¿Por qué se han dejado sin representación a los usuarios del sector urbano? ¿Qué relación hay entre estos actores representados y los mecanismo de participación previstos en la ley para el sistema de seguridad social en salud? ¿Por qué no se incluyó a los Comités de Participación Comunitaria? ¿Por qué no aparecen representantes para las ARS? ¿Qué intereses son representados por los cuatro votos que tiene el gobierno nacional? ¿Por qué no hay representación de las comunidades indígenas y afro-colombianas, acaso no demandan servicios de salud diferenciados a partir de su diversidad cultural?

De otro lado, en relación con el tipo de discusión y argumentos, tenemos que estudios empíricos, que revisaron las actas de las sesiones del CNSSS, realizados por el Grupo de Economía de la Salud adscrito al Centro de Investigaciones Económicas de la Universidad de Antioquia, señalan lo siguiente: a) “en una revisión preliminar de las actas de reunión del Consejo, se verifica que no hay un proceso real de deliberación de los miembros y se verifica que el papel de la rama ejecutiva en la toma de decisiones sobresale respecto a los demás miembros” (Restrepo y Rodríguez, 2005:26); b) las decisiones del Consejo suelen orientarse por los intereses de los actores del sistema con asiento en él con mayor poder e influencia, sin atender a las consideraciones propias de las necesidades del consumidor (Restrepo y Rodríguez, 2005, p.22).

¿Quiénes son entonces esos actores con mayor poder e influencia? Como vimos al revisar la teoría sobre los grupos de interés, la respuesta a esta pregunta pasa por identificar qué actores tienen un mejor acceso a la información y son capaces de producir conocimiento experto sobre el tipo de asuntos que son regulados por el CNSSS. Por supuesto que la disponibilidad de recursos financieros cuenta, y una sólida organización interna. Así las cosas, las asociaciones que representan a las empresas privadas que participan en el mercado de la salud gozan de una mayor capacidad de influencia que las organizaciones de usuarios. Entre otras cosas por la amplitud y heterogeneidad de los intereses que subyacen a cada actor. Mientras en el caso de los gremios económicos los intereses son bien específicos y la división no es esperable, hoy mucho menos gracias a la posibilidad de la integración vertical entre EPS e IPS; los usuarios, dada la diferente condición en la que se accede al sistema, tienen intereses heterogéneos que dificultan su acción colectiva.

6. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la definición de los planes básicos de servicios de salud

6.1. La actualización del POS

La primera disposición reglamentaria que se aproxima a la cuestión de los servicios médicos¹¹⁴ no incluidos en el POS es el Acuerdo 8 del 6 de julio de 1994 del CNSSS, por el cual se adoptó el plan obligatorio de salud (POS) para el régimen contributivo.

En el Art. 6º de tal Acuerdo se establecen como principios orientadores de la definición del POS “la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad”.

En palabras de Arrieta (2003, p. 1765), “se trata de criterios que atienden los problemas de salud desde una dimensión global, económica y eficiente”. En definitiva, esta norma no se compadece con una disposición reglamentaria. Este tipo de definiciones le corresponde hacerla al Congreso. Son disposiciones típicas de una ley de criterios generales o marco.

El Decreto 1895 del 3 de agosto de 1994 reglamentó el régimen subsidiado, omitiendo también dar una respuesta expresa al problema planteado. Dos días después se expidió el Decreto 1938 de 1994, por el cual se reglamentó el plan de beneficios en el sistema de seguridad social en salud. Este decreto estableció lo siguiente:

Art. 12. DE LA FACTIBILIDAD FINANCIERA. La aplicación del Plan Obligatorio de Salud en sus diferentes fases y niveles de complejidad se desarrollará **de acuerdo al equilibrio financiero del sistema y las condiciones de la economía del país**, en las que se garantice la concordancia entre el costo de las actividades propuestas con su respectiva disponibilidad de recursos que aseguren su ejecución (texto original sin negrillas).

Art. 15. DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES. En concordancia con lo expuesto en los artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, solidaridad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, más los que se describen a continuación:

- a) Cirugía estética o con fines de embellecimiento;
- b) Tratamientos nutricionales con fines estéticos;
- c) Tratamientos para la infertilidad;

¹¹⁴ El concepto de servicio médico comprende tanto medicamentos como tratamientos, y este último concepto comprende a las operaciones, terapias y demás.

- d) Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental;
- e) Tratamientos o curas de reposo o del sueño;
- f) Medias elásticas de soporte, corsés, fajas, sillas de ruedas, plantillas, zapatos ortopédicos y lentes de contacto. Se autoriza el suministro de lentes para anteojos una vez cada cinco años en los adultos y una vez cada año en los niños, para la corrección de defectos de refracción que disminuyan la capacidad de visión, siempre que por razones médicas sea necesario su cambio en razón de la modificación del defecto padecido.
- g) Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica;
- h) Tratamiento con drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad;
- i) Transplante de órganos. No se excluyen el transplante renal, de médula ósea, de corazón y el de córnea. Su realización estará sujeta a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas Guías de Atención Integral;
- j) Tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia prolongada. No se excluye la psicoterapia individual de apoyo en la fase crítica de la enfermedad, y sólo durante la fase inicial. Tampoco se excluyen las terapias grupales. Se entiende por psicoterapia prolongada aquella que sobrepasa los treinta (30) días de tratamiento una vez hecho el diagnóstico;
- k) Tratamientos de periodoncia, ortodoncia y prótesis en la atención odontológica;
- l) Tratamiento de várices con fines estéticos.
- m) Actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación . Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento. Todas las actividades, intervenciones y procedimientos deben estar contemplados en las respectivas Guías de Atención Integral.
- n) Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas.
- ñ) Actividades, intervenciones y procedimientos no autorizados expresamente en el respectivo manual.

Art. 23. MEDICAMENTOS. El Plan Obligatorio de Salud contempla el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica, definidos en el MANUAL DE MEDICAMENTOS ESENCIALES Y TERAPEUTICA, el cual contiene la descripción del medicamento esencial, su nombre genérico y la presentación farmacológica. Igualmente el Ministerio de Salud, las Direcciones Departamentales y Locales de Salud, las E.P.S. y las I.P.S. podrán diseñar GUIAS TERAPEUTICAS que orienten la formulación de medicamentos.

PARAGRAFO 1o. Se entiende por medicamento esencial aquel que reúne características de ser **el más costo efectivo en el tratamiento de una enfermedad**, en razón de su eficacia y seguridad farmacológica, por dar una respuesta más favorable a los problemas de mayor relevancia en el perfil de morbilidad de una comunidad y porque **su costo se ajusta a las condiciones de la economía del país**.

PARAGRAFO 2o. Se entiende por medicamento genérico aquel que utiliza la denominación común internacional para su prescripción y expendio.

PARAGRAFO 3o. Para la operatividad del Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, se establecen los siguientes listados de medicamentos:.

- a) Medicamentos para Programas Especiales que forman parte del Plan de Atención Básica y cuya provisión será gratuita para aquellas personas que no se encuentren afiliadas a una Entidad Promotora de Salud, y para toda la población en el caso de las vacunas contempladas por el Programa Ampliado de Inmunizaciones P.A.I.
- b) Medicamentos para el manejo de patologías crónicas, en las cuales los medicamentos son de un alto costo y exigen un manejo especializado, cuya provisión estará sujeta a normas definidas en las respectivas Guías de Atención Integral tales como, niveles de atención para su uso, condiciones de elegibilidad del paciente y personal profesional autorizado para su prescripción . Estos serán cubiertos por las Entidades Promotoras de Salud mediante un fondo o algún mecanismo de aseguramiento que defina el Ministerio de Salud.
- c) Medicamentos de uso predominantemente ambulatorio.
- d) Medicamentos de uso en pacientes sometidos a internación.
- e) Medicamentos esenciales alternativos, cuyo uso estará sujeto a condiciones de hipersensibilidad del paciente, de resistencia a un medicamento esencial o cuando por razones sanitarias, de riesgo o conveniencia para la salud pública el Ministerio de Salud así lo definan, lo que requerirá del concepto y aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

PARAGRAFO 4o. La prescripción de medicamentos estará sujeta a las siguientes normas:.

- a) Solo podrá hacerse por personal de salud debidamente autorizado para ello con estricta sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior.
- b) Toda prescripción deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello el nombre genérico.
- c) Es obligación de quien prescribe el medicamento informar al paciente sobre su vía de administración, forma y condiciones de uso, posibles efectos secundarios y riesgos, como también qué hacer cuando éstos se presenten.
- d) Es obligación de quien provee el medicamento informar al paciente sobre las condiciones de prescripción, cómo reconstituirlos cuando así se requiera, cómo almacenarlos, cómo medir la dosis y cuándo desecharlos o destruirlos. Por ningún motivo podrá cambiar la concentración, la forma farmacéutica ni la cantidad prescrita.
- e) Por ningún motivo se admitirán prescripciones de medicamentos no contemplados en los listados descritos en el párrafo anterior, salvo que el usuario lo solicite, la que deberá ser cubierta con cargo a sus recursos como parte de un Plan Complementario.

El mismo día en que fue expedido el Decreto 1895 de 1994, el Ministerio de Salud expidió la Resolución 5261, por medio de la cual se adoptaron los manuales de actividades, intervenciones y procedimientos con el fin de que fueran utilizados en el SGSSS, para garantizar el acceso a los contenidos específicos del plan obligatorio de salud, la calidad de los servicios y el uso racional de los mismos. Esta resolución sí intervino directamente en la cuestión de los servicios no incluidos en el POS. En este caso la respuesta fue negativa, en los siguientes términos:

Art. 13. FORMULACIÓN Y DESPACHO DE MEDICAMENTOS. La receta deberá ceñirse a los medicamentos a los medicamentos autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica, **sin que por ningún motivo se admitan excepciones**, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario...”

Art. 49. Los medicamentos y soluciones que se prescriban para el tratamiento del paciente, sea de uso hospitalario o ambulatorio, **deberán ceñirse estrictamente a lo definido en el manual de medicamentos y terapéutica** establecido por el plan obligatorio de salud.

Como bien lo comenta Aquiles Arrieta (2003a, p. 1766), nos encontramos en esta regulación del problema con una restricción importante a un derecho constitucional que no proviene de una ley, ni de la potestad reglamentaria del Presidente, sino de una resolución ministerial.

Mediante el Acuerdo 83 de 1997 (Art. 8º)¹¹⁵, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud introdujo la regla que había establecido la Corte Constitucional, pero sólo para el caso de medicamentos. Así, el Art. 8º establece que para “garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente acuerdo”, en tal caso las EPS o ARS podrán repetir contra el FOSYGA. Según dicho Acuerdo, cuando se trate de medicamentos para patologías consideradas de alto costo, éstos harán parte del cobro del reaseguro.

El Acuerdo 83 también autorizaba la creación de los comités técnico-científico dentro de las EPS, ARS e IPS. Expresamente establece que el “Ministerio de Salud reglamentará la conformación de comités técnico-científicos... los cuales establecerán las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo-efectividad. En estos comité se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios”.

Por su parte, el Ministerio de Salud, en desarrollo del mencionado acuerdo, mediante la Resolución 5061 del 23 de diciembre de 1997 reglamentó los comités técnico científico. El artículo 4º establece que:

El Comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales, los siguientes criterios:

- a) La prescripción de medicamentos no incluidos en el listado de Medicamentos Esenciales. sólo podrá realizarse por el personal autorizado.
- b) Debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva.
- c) La prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas que éste consagra. sin obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el termino previsto de sus indicaciones, o del observar reacciones adversas intoleradas por el paciente, o porque existan contraindicaciones

¹¹⁵ Este acuerdo fue modificado por el Acuerdo 110 de 1998.

expresas sin alternativa en el listado de lo anterior deberá dejar constancia en la historia clínica.

d) Sólo podrán prescribirse medicamentos que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y expendio en el país.

e) Cuando se trate de la prescripción de medicamentos para atender enfermedades de alto costo en tratamientos hospitalarios o ambulatorios, estos deben ser asumidos por la entidad de aseguramiento con cargo al reaseguro de las mismas.

Los criterios originalmente incorporados por la reglamentación administrativa para el reconocimiento de medicamentos no incluidos en el POS son cercanos a los que previamente había fijado la Corte¹¹⁶, aunque son un poco más restrictivos (Arrieta, 2003a, p. 1770).

En el año 2003, el Ministerio de Protección social, mediante la Resolución 2948 de 2003, introduce una restricción más al tipo de medicamentos que pueden ser ordenados por el Comité con posibilidad de recobro ante el FOSYGA; así en el párrafo del Art. 6º de dicha resolución establece que “en ningún caso el Comité Técnico Científico podrá aprobar tratamientos experimentales ni aquellos medicamentos que se prescriban para la atención de los tratamientos que se encuentran expresamente excluidos del Plan de Beneficios conforme con el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 y demás normas que la adicionen o deroguen o modifiquen”.

¿Cómo interpretar entonces el silencio de la regulación administrativa en el caso de los tratamientos? Según Arrieta (2003a, p. 1770), ello indica que “no se pretende prohibir la aplicación de la regla general a estos casos, pero sí dejar que se asuma tan sólo el costo de aquellos que se tramiten mediante tutela y salgan victoriosos”.

6.2. Los criterios y argumentos del CNSSS

Según las investigaciones adelantadas por la Defensoría del Pueblo, “el contenido del POS y la relación de prestaciones que él incluye son delimitados por el Gobierno Nacional atendiendo fundamentalmente a criterios de eficiencia económica que permiten alcanzar un mayor cubrimiento de las contingencias en salud con el menor costo posible” (2006, p. 33).

¹¹⁶ Los criterios fijados por la Corte estaban recogidos en una sentencia de unificación, la sentencia SU-480 del 25 de septiembre 1997.

Por su parte, las investigaciones del Grupo de Economía de la Salud de la Universidad de Antioquia, concluyen que “en una revisión preliminar de las actas de reunión del Consejo, se verifica que no hay un proceso real de deliberación de los miembros y se verifica que el papel de la rama ejecutiva en la toma de decisiones sobresale respecto a los demás miembros” (Restrepo y Rodríguez, 2005, p. 26).

Según Restrepo y Rodríguez (2005, p.12), “la introducción en el POS de nuevos procedimientos o tecnologías de tratamiento ha respondido principalmente a la comprobación de que esta inclusión no producirá un desequilibrio financiero respecto a los recursos de la UPC”. Para el año 2003 el POS no había sido actualizado desde que se implementó la Ley 100 y lo que se ha presentado han sido algunos ajustes en los medicamentos y ajustes puntuales mediante la inclusión de tecnologías específicas” (2005, p.12).

Los criterios utilizados para la definición del POS atienden los problemas de salud desde una dimensión global, económica y eficiente. Por lo tanto es posible que enfermedades graves, crónicas y de tratamientos costosos, que sufran grupos reducidos de la población sean pasadas por alto y no tenidas en cuenta a la hora de establecer los planes básicos de salud (Arrieta, 2003, p. 1765).

Por su parte, como los jueces de tutela se enfrentan a casos particulares están especialmente situados para complementar el tipo de criterios que son empleados por el Gobierno y el CNSSS. Así las cosas., hay un aspecto en el cual la función de los jueces será inevitable.

Jose Juan Moreso afirmaba, tratando de justificar la legitimidad de la justicia constitucional, que “no siempre las decisiones de los jueces son contramayoritarias, algunas veces sólo establecen soluciones a conflictos que la regla de la mayoría no puede resolver”. Parafraseándolo, podemos afirmar que no siempre las decisiones de los jueces de tutela en materia de salud son anti-técnicas, en algunas ocasiones introducen consideraciones que los criterios generales y abstractos que emplea el CNSSS no dejan ver.

6.3. El caso de los pacientes de VIH-SIDA

La asistencia médica de los pacientes con VIH-SIDA encuentra barrera en todo tipo de obstáculos: los prejuicios sociales, la noción de enfermedad como castigo, los altos costos de la terapéutica, la ignorancia frente al VIH y la iglesia (De

Currea-Lugo, 2003, p. 180). No obstante, han encontrado especial protección en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

A continuación examinaremos dos decisiones del CNSSS tendientes a incluir servicios médicos requeridos por este tipo de pacientes¹¹⁷. En tanto estas decisiones del CNSSS fueron producidas a raíz de ciertas sentencias de la Corte, ellas constituyen prueba de que “las acciones judiciales son no sólo un instrumento para proteger derechos y resolver controversias específicas sino que, por esa misma razón, representan igualmente un sistema de información útil que tiene el Estado para identificar desajustes estructurales y detectar en donde existen problemas sociales que ameriten intervenciones públicas” (Uprimny, Aclaración de voto a la Sentencia T-654/2004, considerando N° 33)¹¹⁸.

Así, en 1997, a raíz de los continuos pronunciamientos de la Corte Constitucional, el CNSSS aprueba la inclusión de los medicamentos para el SIDA en el plan obligatorio de salud, sin un incremento correlativo al valor de la unidad de capitación. Así, más que por convicción de la justicia de la decisión, el CNSSS actuó en cumplimiento de una orden de la Corte Constitucional. En todo caso, “luego se trató de aplazar la asistencia a este tipo de personas mediante la figura de los periodos mínimos de cotización” (De Currea-Lugo, 2003, p. 182).

Posteriormente, en el 2003, mediante Acuerdo N° 00254 del 22 de diciembre (Art. 1°), el CNSSS estableció la inclusión dentro del POS de la prueba de carga viral¹¹⁹, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. (...) El monto anterior incluye el costo de la prótesis endovascular Stent Coronario Convencional no recubierto y la prueba de ayuda diagnóstica de laboratorio Carga Viral. Dichas prestaciones quedan incorporadas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen

¹¹⁷ Estas decisiones del CNSSS implican que en adelante las EPS ya no podrán justificar legalmente la no autorización los servicios médicos incluidos en el POS. Por lo tanto, dichos servicios deben ser realizados con cargo a los recursos de la EPS y tampoco procede ningún tipo de recobro ante el FOSYGA en razón de dichas prestación.

¹¹⁸ En general, para Mauricio García y Rodrigo Uprimny (2006, p.524), “la experiencia que hemos tenido con la Constitución de 1991 en materia de derecho sociales muestra cómo la intervención de los jueces, y de la Corte en particular, ha sido útil para movilizar al gobierno y a los legisladores en beneficio de políticas sociales que de otro modo no habrían visto la luz pública”.

¹¹⁹ El examen de carga viral es una condición necesaria para el adecuado diagnóstico de las personas que conviven con el VIH/SIDA. La Constitucional en su jurisprudencia venía considerando desde la sentencia T-849/2001, con fundamento en conceptos médicos, que el examen de carga viral en este grupo poblacional es indispensable para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna.

Contributivo a partir de la vigencia del presente Acuerdo” (texto original sin subrayas)

El propio Uprimny reconoce que la inclusión obedeció a los problemas financieros que enfrentaba el FOSYGA como consecuencia de las acciones de recobro que le eran interpuestas cuando el examen de carga viral era suministrado por las EPS y otras entidades. Prueba de lo anterior son los considerandos del Acuerdo 254, entre los cuales se destacan los siguientes:

“Que de conformidad con los factores de ponderación de la estructura diferencial de UPC y la población por grupo etario que se ha venido compensando durante el año 2003, se genera un gasto en la subcuenta de compensación del Fosyga, que se estima en 1,044 cuantificado en aproximadamente \$15.235,94 per cápita/año 2004 adicionales, que impactarían sobre la subcuenta de compensación;

Que durante el año 2003 se presentó un incremento superior al 700% en la presentación de recobros promedio mes por parte de las EPS Administradoras del Régimen Contributivo, Entidades Adaptadas y ARS Administradoras el Régimen Subsidiado, tanto de medicamentos que están por fuera del POS-C y POS-S, como de tutelas, lo que hace necesario conocer su evolución;

Que de acuerdo con el estudio del Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación de Tecnología-Asesor del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y teniendo en cuenta el considerando anterior, se hace necesario incluir en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo la prueba de ayuda diagnóstica de laboratorio Carga Viral y la prótesis endovascular Stent Coronario Convencional, no recubierto, por cuanto genera la mayor proporción de recobros al Fosyga”.

En el mismo sentido de Uprimny se pronuncia Mónica Arbeláez (2006, p. 189), para quien la inclusión del examen de carga viral estuvo presionado, en parte, por el aumento de las acciones de tutela que reclamaban este tipo de examen durante el periodo 1999-2003. Según el informe de la Defensoría del Pueblo (2004, p. 11), en dicho periodo las acciones de tutela que solicitaban el examen de carga viral pasaron del 5.6% al 25.3% del total de las acciones de tutela que solicitaban ayudas diagnósticas.

Si ya desde el 2001 (T-849 de 2001) la Corte sostuvo que “el examen de carga viral es el más indicado médicamente para decidir el inicio o no de la formulación de antirretrovirales, corroborar si el tratamiento le esta siendo suministrado al

paciente en debida forma y definir si el programa anti VIH es el indicado o no, para en su defecto cambiarlo”, por qué espero el CNSSS tres años para adoptar una decisión el mismo sentido. Esta situación indica, que no consideraciones de justicia o argumentos basados en derechos los que justifican la adopción de estas decisiones del CNSSS.

Si bien, en últimas puede reconocer un impacto de la Corte sobre las decisiones del CNSSS, ello no se explica porque efectivamente el CNSSS reconozca haberse equivocado y que adhiere a los argumentos de la Corte, es decir, no se explica por la transformación de las preferencias y argumentos defendidos por ciertos actores con voz y voto en el CNSSS, como resultado del diálogo abierto y público entre jueces y reguladores. No fue esto lo que sucedió. Se llegó al mismo resultado pero los argumentos de las partes siguen siendo los mismos. Por ello no podemos adherir a idea según la cual, el caso del examen de carga viral, como afirma Uprimny (Aclaración de voto a la Sentencia T-654/2004, considerando N° 33), prueba que “el diálogo entre el juez constitucional y el proceso democrático es aún más importante para impulsar la justiciabilidad de los derechos sociales en el caso de minorías que tienen dificultad de representación y son objeto de estigmatización, como ocurre con las personas que conviven con el VIH/SIDA”.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: SENTIDO Y LÍMITE DE LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA DEFINICIÓN DE LOS PLANES BÁSICOS DE SALUD

A diferencia de la jurisprudencia en materia de mínimo vital, en la cual la pobreza es la condición que genera el derecho constitucional a interponer una tutela cuando el incumplimiento de una obligación del Estado, o excepcionalmente de un particular, amenaza la subsistencia de la persona pobre, la jurisprudencia en salud aquí analizada (acceso a los servicios de salud más allá de lo establecido en los planes básicos) protege débilmente a las personas que viven condiciones de pobreza. Así, cuando el servicio salud es solicitado por una persona que no está inscrita ni el régimen contributivo ni en el subsidiado y no pertenece a un grupo de la población especialmente protegido, pero se encuentra en condiciones de pobreza, la orden de tutela se limita a establecer que dicha persona debe acudir a la red de hospitales públicos que aún subiste bajo el esquema de subsidios a la oferta. Pero resulta que esta red cada día es más precaria y se encuentra en proceso acelerado de desmonte, pues los recursos de la salud se concentran en la financiación de los subsidios a la demanda, a través del régimen subsidiado.

Es cierto que una de las condiciones que deben concurrir para que el servicio médico no incluido en el POS sea ordenado por los jueces de tutela y la Corte consiste en que “el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.)”¹²⁰, pero en la mayoría de los casos que la Corte decide, los servicios requeridos son tan costosos que superan la capacidad de pago de la mayoría de los colombianos, incluidos aquellos que no es encuentran en estricto sentido en condiciones de pobreza.

¹²⁰ Sentencia T-1207/2001.

De hecho, como se vio al analizar el estudio empírico sobre las causas de la tutela en salud elaborado por la Defensoría del Pueblo, quienes se encuentra en circunstancias de mayor vulnerabilidad, a raíz de la pobreza, son quienes menos demandan. Quienes sí lo hacen, y por tanto han sido protegidos por la Corte, son quienes ya han accedido al sistema de salud a través de alguno de los dos regímenes, y entre éstos quienes más demandan son aquellos que acceden al sistema a través del régimen contributivo, es decir, quienes gozan, en principio, un mejor servicio de salud.

No podemos olvidar que interponer una acción de tutela, aunque es gratuita y no requiere abogado, tiene costos que actúan como barreras fácticas al acceso a la justicia constitucional de grandes grupos de la población, aunque tengan el derecho legal de imponer dicha acción. Por lo menos, genera costos de transporte y días laborales perdidos. Además, agrega Julieta Lemaitre, “la persona debe tener unos recursos culturales mínimos de interacción con el ambiente profesional del juzgado, y un mínimo de conocimiento y confianza en el proceso mismo” (2005, p. 26)¹²¹.

Que los pobres queden débilmente protegidos en la línea jurisprudencial aquí analizada muestra los límites de la justicia para enfrentar situaciones estructurales de violación de los derechos humanos. Tan poco activista ha resultado la jurisprudencia de la Corte en materia de salud, que a pesar de la crisis por lo que atraviesa el sector, de la cantidad de sentencias de reiteración¹²², del incumplimiento de las metas de cobertura y de igualación de los servicios incluidos en los planes básicos de ambos regímenes, hasta el momento no se conoce ninguna sentencia de la Corte que se haya pronunciado en términos de “estado de cosas inconstitucionales”, en la cual de órdenes estructurales que excedan el efecto inter-partes de los fallos de tutela, tendiente a provocar una intervención más activa por parte del Congreso.

¹²¹ Esta es quizá la causa para que indigentes, campesinos, desplazados, no acudan a la acción de tutela.

¹²² El incremento de sentencias de reiteración de líneas jurisprudencias puede ser leído como indicio del limitado impacto de las sentencias previas tienen sobre la realidad. Es decir, los distintos actores del sistema (EPS, ARS, CNSSS, FOSYGA, MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL) no han adecuado su comportamiento a raíz de las demandas y sus fallos. Prueba de ello está en el fenómeno conocido como la “tutela burocrática”, es decir, cuando un fallo favorable de tutela es concebido como un requisito extraoficial para conceder el derecho (Lemaitre, 2005, p. 24). Este es el caso de los medicamentos no incluidos en el POS, pues, a pesar de que se creó la figura de los comités técnicos y científicos de las EPS, los cuales están autorizados para prescribir medicamentos excluidos del POS con posibilidad de repetir contra el FOSYGA, presentando el acto donde se ordenó el medicamento solicitado. Aún así, las EPS siguen negando medicamentos por no estar incluidos en el POS. Son ejemplos de sentencias de reiteración las sentencias T-868/04, T-096705 y la T-300/05. Como en ellas no se discute ningún problema nuevo ni si introducen variaciones a respuestas dadas en el pasado, se trata de sentencias brevemente justificadas.

En este tipo de sentencias tampoco pueden cifrarse las esperanzas de la realización del derecho a la salud para todos los colombianos en condiciones de igualdad formal y material. Si bien es cierto que este tipo de sentencias constituyen una innovación interesante para afrontar las violaciones estructurales de los derechos humanos, también lo es que la eficacia de este tipo órdenes encuentra serios obstáculos y límites en la incapacidad de la Corte para hacerle un seguimiento efectivo a estas decisiones.

A pesar de lo anterior, encuentro legítimo que la Corte Constitucional, con fundamento en criterios de urgencia y necesidad amplié el catálogo de servicios médicos incluidos en los planes básicos, a condición de que examine las posibilidades de universalización del servicio ordenado y evalúe, en los términos de la propuesta de Uprimny, las razones ofrecidas por el CNSSS para la exclusión del servicio médico requerido. En razón de las dinámicas de discusión y decisión propias del Consejo y del tipo de representación allí configurada, es de esperarse que dichos argumentos no pasen una prueba de ese tipo¹²³.

Resulta que como los jueces de tutela se enfrentan a casos particulares están especialmente situados para complementar el tipo de criterios que son empleados por el Gobierno y el CNSSS. Así las cosas, hay un aspecto en el cual la función de los jueces será inevitable. Jose Juan Moreso afirmaba, tratando de justificar la legitimidad de la justicia constitucional, que “no siempre las decisiones de los jueces son contramayoritarias, algunas veces sólo establecen soluciones a conflictos que la regla de la mayoría no puede resolver”. Parafraseándolo, podemos afirmar que no siempre las decisiones de los jueces de tutela en materia de salud son antitécnicas, en algunas ocasiones introducen consideraciones que los criterios generales y abstractos que emplea el CNSSS no dejan ver.

Por lo anterior, una mayor intervención del Congreso, que resultaría más legítima que la desempeñada por el CNSSS, en la definición de los planes básicos de salud, tampoco excluye la posibilidad de justificar cierto activismo judicial. Al menos, por cinco razones.

En primer lugar, el tipo de intervención que es esperable del Congreso en relación con la definición de los servicios básicos de salud, consiste en formular políticas públicas en términos generales, las cuales no pueden predecir todos los efectos generados, muchos de los cuales aparecen visibles en la sociedad cuando se presenta al juez una concreta y específica situación producto de una determinada

¹²³ En la Sentencia T-960/01 la Corte encontró que el CNSSS no pudo ofrecer ninguna razón para la exclusión del examen diagnóstico solicitado.

política pública. Como el razonamiento del juez se da ante un caso concreto, tal situación puede advertir efectos no deseados de la ejecución de las políticas públicas por lesionar derechos básicos que no fueron previstos ni lo pudieron haber sido.

En segundo lugar, el papel de la Corte Constitucional, en particular, y de los jueces de tutela, en general, dentro del proceso de política pública en salud consiste en imponer el punto de vista de la existencia de unos mínimos constitucionales que suelen ser desplazados en el debate que se adelanta en otros escenarios tales como el Congreso y el CNSSS, en los cuales impera la lógica de la eficiencia en el suministro del servicio de salud. Es decir, el Congreso también puede ser cooptado por los grupos de interés relevantes en el sector de la salud, como de hecho lo ha sido.

En tercer lugar, el Congreso también puede discriminar a ciertas minorías o grupos desaventajados, por lo que se hace necesaria la intervención de la Corte, a efectos de corregir las fallas de la representación y la deliberación en el Congreso. Además, como bien lo afirma Marcelo Alegre (2001, p. 21), el peso normativo de la regla de mayoría, en el sentido de que sólo ella es compatible con la dignidad y el respeto que cada persona merece en igual medida, depende de que concurren ciertas condiciones ideales, tales como que todas las partes involucradas tienen igualdad de acceso a la información, son igualmente racionales y razonables, sus costos de participación son iguales, etc. En el contexto colombiano, la excesiva presión de los grupos de interés económico, la debilidad de los movimientos sociales, la baja calidad de la intermediación política, el casi nulo acceso de los sectores marginados a espacios de representación, permiten ver en la protección judicial de los DESC una forma de contrarrestar algunos de estos “males”, creando nuevos espacios para hacer oír la voz de los sectores marginados, o creando obstáculos firmes para la aplicación sistemática de políticas regresivas. Todo lo anterior favorecería a que la regla de mayoría funcione con menos limitaciones.

En cuarto lugar, siguiendo a Rodrigo Uprimny (2006, p.161), la intervención de los jueces constitucionales “puede tener efectos positivos en términos de transparencia de las políticas públicas, pues el debate judicial obliga a quien toma determinadas decisiones a defenderlas en un lenguaje accesible a quien es lego en la materia, ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias económicas. De esa manera la población tiene mayor oportunidad de entender mejor cuáles son las razones éticas, políticas y económicas que justifican determinadas decisiones públicas, lo cual estimula la democracia, porque incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política”.

En quinto lugar, aún cuando el Congreso intervenga intensamente en la definición de los planes de salud y con ello haga más legítima las decisiones que restringe el acceso a ciertos servicios médicos, el escenario judicial constituye una extensión del debate en el Congreso. La acción de tutela ha facilitado la incorporación de demandas sociales de los ciudadanos frente a la política pública en salud, en la medida en que sin ser un instrumento directo de representación política, es un mecanismo idóneo para realizar el reclamo y hacer saber al Estado las necesidades de la comunidad. En este escenario tienen “voz” los argumentos, intereses, necesidades y preferencias del ciudadano de “a pie”.

En últimas, el argumento anterior sugiere que el escenario judicial es más sensible a los argumentos y razones basados en derechos humanos que el escenario “propriadamente democrático” del Congreso y de las agencias del Gobierno. Ahora bien, ¿por qué podemos esperar esta actitud de los jueces? ¿Por qué podemos esperar que los jueces siempre sean sensibles a este tipo de discursos?

No deberíamos esperar siempre y con mucha confianza que los jueces resulten sensibles al discurso de los derechos, pues como vimos este tipo de discursos, si bien tiene ventajas, también representa riesgos; puede ser empleado también para negar derechos. Que la acción de tutela sea realmente accesible para los pobres porque cualquier juez del lugar de los hechos es competente, el procedimiento es gratuito, rápido y no requiere abogado; que el juez tenga libertad para aceptar las más diversas causas vulneradoras de los derechos, para definir el contenido de los derechos constitucionales fundamentales y para definir el tipo de orden necesaria para remediar la situación; no implica que podamos esperar de los jueces, siempre y razonablemente, una actitud progresista y sensible a los derechos. Los señalados arreglos institucionales tan sólo indican que los ciudadanos de “a pie” sí serán escuchados, que la negación de sus demandas deberá justificarse públicamente, y que, seguramente, las únicas razones legítimas para hacerlo serán también razones basadas en derechos. En todo caso, con este tipo de arreglos ya se ha ganado mucho, aunque nada garantice que las demandas serán efectivamente atendidas.

Actualmente, tan sólo contamos con una fuerte intuición de que el escenario judicial es mucho más sensible a la protección de los derechos, respaldada en el dato empírico de que lo han sido con mayor frecuencia y en mayor medida que el Gobierno y el Congreso. Pero, un cambio en la composición de la Corte podría desmontar los resultados positivos de la jurisprudencia en salud. Argumentos para ello los hay de todo tipo, como se pudo mostrar a lo largo de este trabajo.

Por lo tanto, todas las razones aquí ofrecidas para justificar las intervenciones de la Corte Constitucional en la definición de los planes mínimos de salud no son suficientes para justificar que la Corte pueda tener la última palabra en relación con el diseño e implementación de las políticas de salud. Tan sólo justifica que la Corte intervenga en el proceso haciendo ajustes. Es deseable que las intervenciones de la Corte puedan ser revisadas siempre a través de procesos democráticos más amplios, y éstos a su vez, nuevamente intervenidos por los jueces, en una especie de “diálogo” constante entre quienes dicen ser “nuestros representantes” y los jueces, todo ello mediado por una amplia movilización de los movimientos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, Luis Enrique (2000) "Ciudadanía, sociedad del trabajo y estado de bienestar: los derechos sociales en la era de la fragmentación", En: Pérez Ledesma, Manuel (ed.), *Ciudadanía y democracia*, Ediciones Pablo Iglesias, Madrid.

Alegre, Marcelo (2001) "Igualitarismo, democracia y activismo judicial", En: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), mimeo, Iquique-Chile
<http://islandia.law.yale.edu/sela/salegre.pdf>

Amy Gutmann (2004) "Democracia deliberativa y regla de mayoría: una réplica a Waldron", En: Hongju, Harold y Slye, Ronald (Comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona.

Arango, Rodolfo (2001) "Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales", En: Alonso, Manuel Alberto y Giraldo, Jorge (eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Escuela Nacional Sindical, Medellín.

_____ (2004) *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

_____ (2005a) *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

_____ (2005b) "Experiencia colombiana sobre la justiciabilidad de los Desc", En: *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Juan Carlos Gutiérrez Contreras (Coord.), Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México/Comisión Europea, México 2005, Págs. 327-333.

Arbeláez Rudas, Mónica (2006) *Derecho a la salud en Colombia. El acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*, IDP-CINEP-Colciencias, Bogotá.

Arrieta, Aquiles (2003a) "Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional. El caso del acceso a los servicios de salud". En: Revista Tutela, acciones populares y de cumplimiento, Tomo IV, No. 45, Legis, Bogotá (p. 1752-1785).

_____ (2003b) "Justo formalismo. La aplicación formal del derecho, caso y límites", En: Precedente. Anuario Jurídico, Universidad ICESI, Cali.

Bayón, Juan Carlos (2002) "Justicia y eficiencia", En: Díaz, Elías y Colomer, José Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid.

Bobbio, Norberto (1989) *Estado, gobierno y sociedad*, FCE, México D.F.

_____ (1991) *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid.

Castaño, Ramón A. (2006) *Los Mandatos Constitucionales sobre el Derecho a la Salud: Implicaciones de Equidad y Eficiencia. Serie Documentos de Trabajo No.3*, Universidad del Rosario, 2006.

Daniels, Norman (2002) "Justice, Health, and Health Care", En: Battin, M., Rhodes, R., Silvers, A., (eds), *Health Care and Social Justice*, Oxford University Press, New York.

http://www.hsph.harvard.edu/benchmark/ndaniels/pdf/justice_health.pdf

Daniels, Norman y Sabin, James (1997) "Limits to health care: fair procedures, democratic deliberation, and the legitimacy problem for insurers", En: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 26, No. 4, Princeton University Press.

De Cabo Martín, Carlos (2000) *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta.

De Lora, Pablo (2004) "El derecho a la protección de la salud". En: *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC-Ministerio de la Presidencia, Madrid.

De Roux, Carlos Vicente y Ramírez, Juan Carlos (2004) *Derechos económicos, sociales y culturales, economía y democracia*, Oficina de la CEPAL en Bogotá, Santiago de Chile.

<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/7/21307/lcl2101.pdf>

Defensoría del Pueblo. Equipo Investigativo del Programa de Salud y Seguridad Social (2004) *La tutela y el derecho a la salud. Causas de las tutelas en Salud*, mimeo, Bogotá.

http://www.defensoria.org.co/?_s=d1&n=106.

Defensoría del Pueblo. Investigadores del Programa de Seguimiento de Políticas Públicas en Derechos Humanos (2006) *Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública de Salud a la Luz del Derecho a la Salud*, mimeo, Bogotá.

Durán Smela, Diana (2003) “¿Son políticas públicas las decisiones de la Corte Constitucional?”. En: Revista Tutela, acciones populares y de cumplimiento No. 37, enero, Legis, Bogotá.

Dworkin, Ronald (1984) *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona.

Elster, Jon (2001) “Introducción al texto La democracia deliberativa”, En: Elster, Jon (Comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa Editorial, Barcelona

Evans, Peter (2003) “El hibridismo como estrategia administrativa: combinando la capacidad burocrática con las señales de mercado y la democracia deliberativa”, En: Revista del CLAD Reforma y Democracia, No. 25, febrero, Caracas.

García Villegas, Mauricio (2001) “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”, En: De Sousa, Boaventura y García, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo I*, Conciencias-Universidad Nacional de Colombia-Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

_____ (2006) “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, En: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Grupo Editorial Normas, Bogotá.

García Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo (2004) “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, En: De Sousa, Boaventura y García, Mauricio (eds.), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Norma, Bogotá.

_____ (2006) “La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?”, En: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Grupo Editorial Normas, Bogotá.

Gargarella, Roberto (2001) “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, En: Elster, Jon (Comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa Editorial, Barcelona

González, Jorge Iván (2001) “La salud, el aseguramiento y la equidad”. <http://www.revmed.unal.edu.co/equidad/doc/jorge-gonzalez.pdf>

_____ (2002) “Salud y seguridad social: entre la solidaridad y la equidad”, En: Revista Gerencia y Políticas de Salud, No. 2, Septiembre, Universidad Javeriana, Bogotá.

Gómez, Conrado Adolfo (2005) "Influencia de los grupos de interés y asociaciones en las reformas y los sistemas de salud", En Revista Gerencia y Políticas de Salud No. 9, diciembre, Universidad Javeriana, Bogotá.

Kelsen, Hans (1988) "El problema del parlamentarismo", En: Ruiz Manero, Juan (ed), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid.

Halpin, Andrew (2005) *Derechos, utilitarismo y moralidad. Observaciones preliminares. Estudios de filosofía y derecho* No. 8, Universidad Externado de Colombia, Bogotá

Hernández Álvarez, Mario (2000) "El derecho a la Salud en Colombia: Obstáculos Estructurales para su Realización". En: Revista de Salud Pública, Vol. 2, No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

<http://www.revmed.unal.edu.co/revistas/v2n2/index.html>

_____ (2002) "Reforma sanitaria, equidad y derecho a la salud en Colombia", En: Cad. Saúde Pública, No. 18, julio-agosto, Río de Janeiro.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina (2003) "Instrucciones para salir del discurso de los derechos", En: *La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, Bogotá.

Lamprea, Everaldo (2006) "Derechos fundamentales y consecuencias económicas", En: Revista de Economía Institucional, Vol. 8, No. 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Lamaitre Ripoll, Julieta (2005) "El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia", Seminario SELA 2005 Panel 2: Las estrategias institucionales para erradicar la pobreza.
[http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Julieta%20Lemaitre%20\(Final%20Spanish%20Version\)%20v%201.0.pdf](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Julieta%20Lemaitre%20(Final%20Spanish%20Version)%20v%201.0.pdf)

Moreso, José Juan (2000) "Derechos y Justicia Procesal Imperfecta", En: Doxa-Discusiones, N° 1, Universidad de Alicante, Alicante
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_03.pdf

Parra Vera, Óscar (2003) *El Derecho a la Salud. En la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá.

_____ (2004) "El derecho a la salud: apuntes a la reforma de la acción de tutela respecto al derecho a la salud". En: Revista Economía Colombiana, No. 303, Julio-Agosto, Contraloría General de la República, Bogotá.

Restrepo Zea, Jairo; Naranjo, Durfari y Rodríguez, Sandra (2002) "Organismos reguladores del sistema de salud colombiano: conformación, funcionamiento y responsabilidades", En: Borradores del CIE, N° 1, Centro de Investigaciones Económicas-Universidad de Antioquia, Medellín.

Restrepo, Jairo Humberto; Rodríguez Acosta, Sandra (2003). "Instituciones eficientes para el desarrollo de los sistemas de salud. Hacia un replanteamiento del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en Colombia", *Biblioteca de Ideas, Documentos, No. 114*, Instituto Internacional de Gobernabilidad, Cataluña. http://iigov.org/documentos/?p=4_0114

(2005). "Diseño y experiencia de la regulación en salud en Colombia", En: Economía Institucional, No. 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Rettberg, Angelika (2003) "Entre el cielo y el suelo: Una mirada crítica a los gremios colombianos", En: *La crisis política colombiana. Más que un conflicto armado y un proceso de paz*, Ann Mason y Luis Javier Orjuela (eds.), Uniandes-Fundación Alejandro Ángel Escobar, Bogotá.

Rodríguez Garavito, César (1997) "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", En: *Nueva interpretación constitucional*, Dike-Universidad de Antioquia, Medellín.

Sen, Amartya (2002) *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derecho. Colección Estudios de Filosofía y Derecho No.2*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Sotelo, Luis Carlos (2000) "Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas. Los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos". En: Archivos de Macroeconomía, Documento No. 133, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá. http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DEE_Archivos_Economia/133_Derechos_constitucionales.PDF

Sunstein, Cass (2006) *Riesgo y razón. Seguridad, ley y medio ambiente* (Trad. José María Lebrón), Katz editores, Buenos Aires.

Uprimny, Rodrigo (2006) "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", En: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá.

Uprimny, Rodrigo y Rodríguez César (2006) *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*, Centro de

Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, mimeo.
http://www.djs.org.co/publicaciones/librosALL.php?pub_id=242

Vázquez Irizarry, William (2006) “Hacer cumplir las leyes en la era de los órganos autónomos: reforma o abandono de la teoría del poder ejecutivo”, En: Seminario SELA 2006: Poder Ejecutivo, Bogotá. (Sin publicar)

Van Parij, Phillippe (2001) “Más allá de la solidaridad. Los fundamentos éticos del Estado de bienestar y de su superación”, En: Alonso, Manuel Alberto y Giraldo, Jorge (eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Escuela Nacional Sindical, Medellín.

Waldron, Jeremy (2004) “Deliberación, desacuerdo y votación”, En: Hongju, Harold y Slye, Ronald (Comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona.